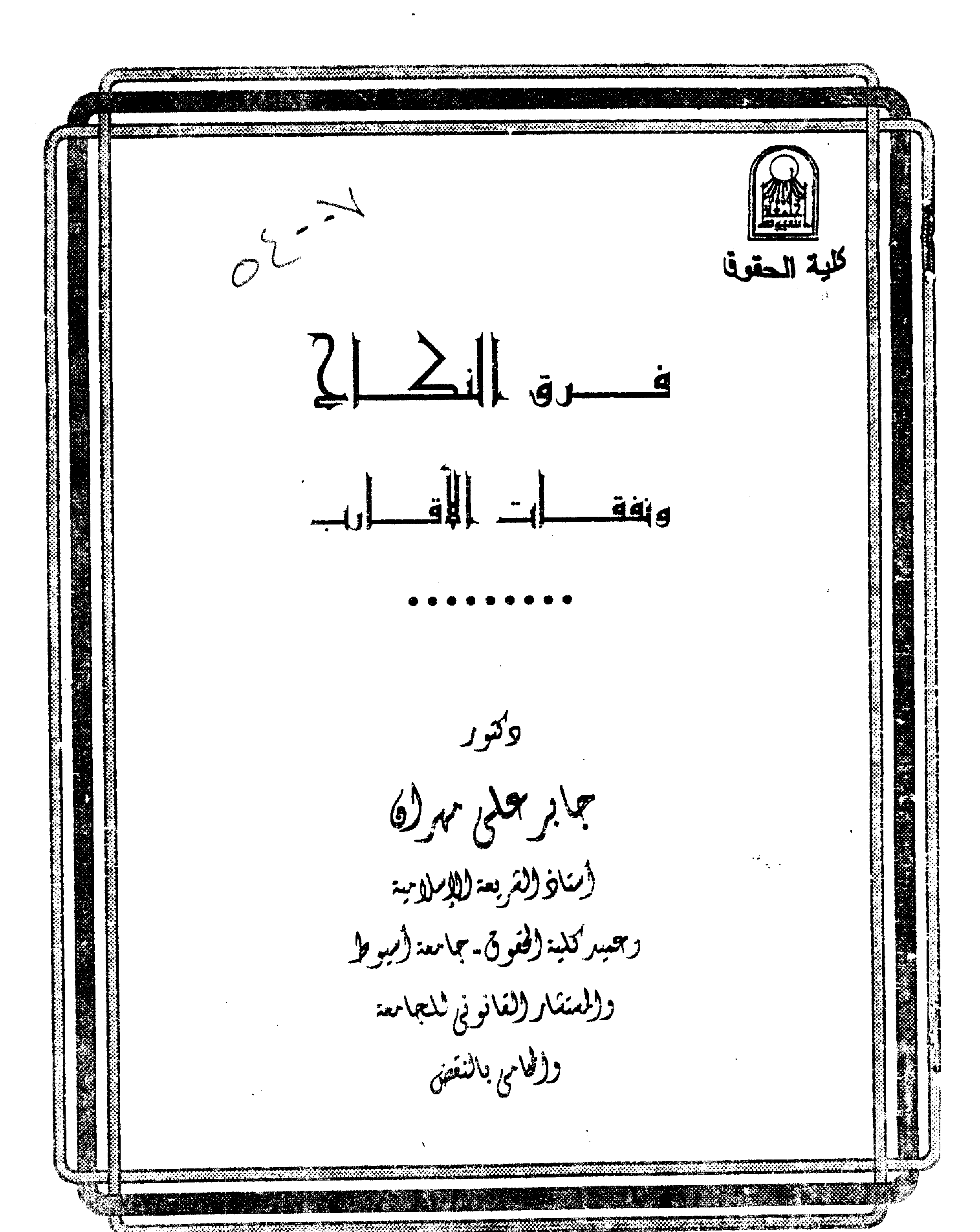
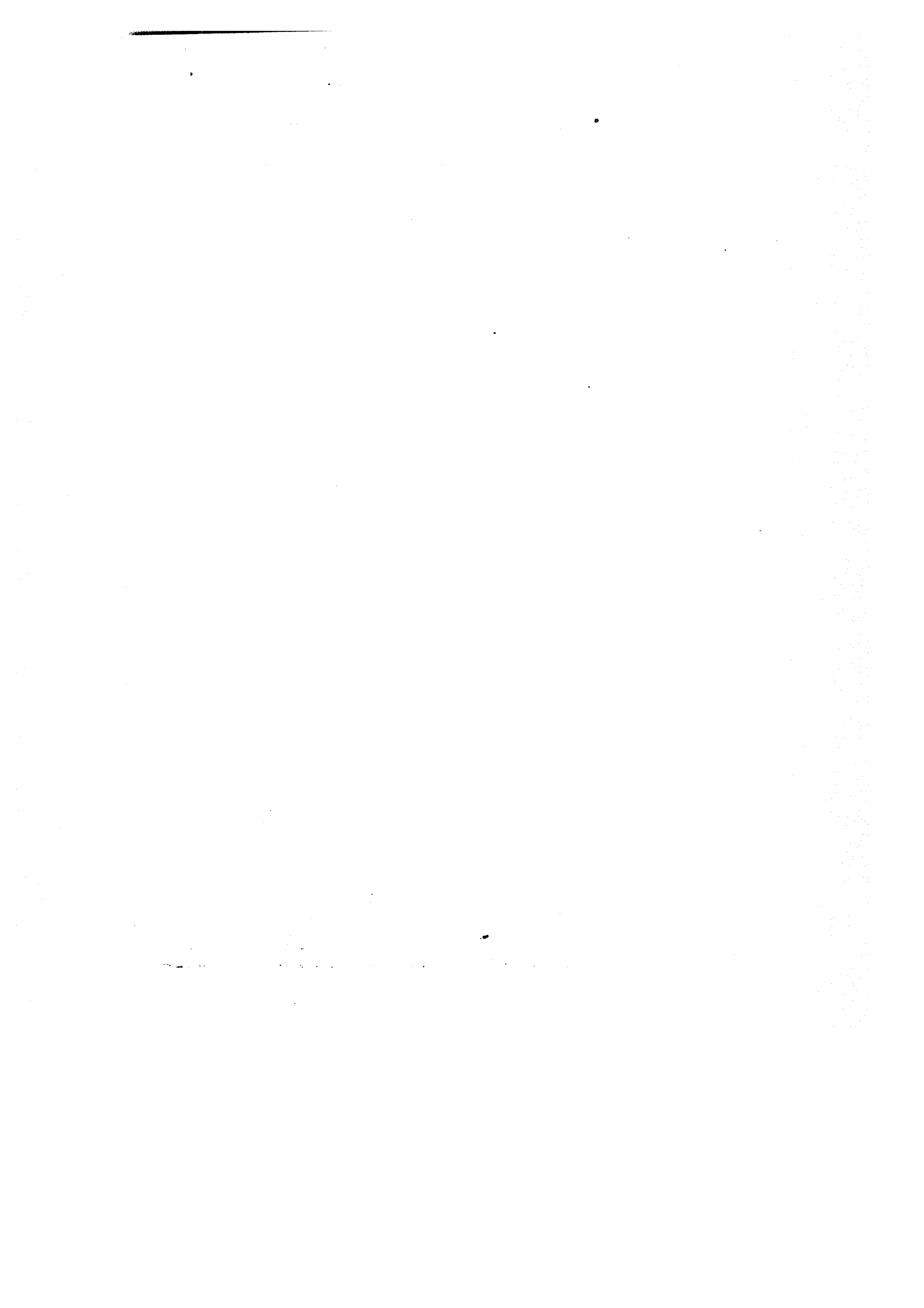


كلية الحقوق

فرق النكاح ونفقات الأقارب

....

دكتور
جابر علي مهران
أستاذ الشريعة الإسلامية
وعميد كلية الحقوق - جامعة أسيوط
والمستشار القانوني للجامعة
والمحامي بالنقض



الباب الأول

الطلاق وأحكامـــــــه

نتناول فى هذا الباب بإيجاز بيان معنـــى الطـــلاق وحكمـــه وأقســـامه والشروط الواجب توافرها فى الشخص حتى يقع طلاقه وتترتب عليه آثاره وحكم الطلاق الثلاث وتفويض الطلاق والرجعة وأحكامها .

وسأفرد كل موضوع من هذه الموضوعات بفصل خاص به ....

الفصل الأول

معنى الطلاق وحكمه وركنه

معنى الطلاق : الطلاق معناه في اللغة: الترك والمفارقة. تقول: طلقت البلاد أى تركتها وفارقتها. وطلق على رأيه فى تذا أى تركه وفارقه فلم يعمل به .

ومعناه فى اصطلاح الفقهاء : رفع قيد النكاح أو نقصان الحل بلفظ مخصوص ، فرفع قيد النكاح يكون بالطلاق البائن، كما سنرى، أما نقصان الحل فإنه يكون بالطلاق الرجعى ، ذلك أن الطلاق الرجعى يترتب عليه حال حصوله نقصان عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

أما رفع قيد النكاح فأنه لا يترتب عليه الا بعد انتهاء عدة الطلاق، فالمرأة تكون على ذمة زوجها فى الطلاق الرجعى طالما لم تنته عدتها بعد . وعرف بعض الفقهاء الطلاق بأنه: (حل رابطة الزوجية فى الحال أو المال بلفظ مخصوص). وتنحل رابطة الزوجية بين الرجل والمرأة فى الحال عقب صدور الطلاق من الزوج بالطلاق البائن،وتنحل هذه الرابطة بينهما فى المآل بعد انقضاء مدة العدة فى الطلاق الرجعى. ويقصد باللفظ المخصوص فى التعريفيين المذكورين للطلاق ما يكون صريحا فى الطلاق بمعنى أنه لا يستعمل فى غيره وهو ما كان مأخوذا من مادة (طلق) أو (طلاق) مثل: أنت طالق ،أو مطلقة، أو كان من الفاظ الكناية وهى تلك الالفاظ التى

تستعمل فى الطلاق وفى غيره. مثل هى محرمة أو بائنة وغيرها من الالفاظ المشابهة لها . ويلاحظ أن هناك فائدة كبرى لذكر قيد (بلفظ مخصوص) فى تعريف الطلاق ذلك أنه لو لم يذكر هذا القيد فى تعريف الطلاق لما وجد فرق بين الطلاق والفسخ، ولأختلط كل منهما بالآخر، ذلك أن كلا منهما يحل رابطة الزوجية بين الرجل والمرأة، ويرفع قيد النكاح الثابت بالزواج الا أن الطلاق يحل تلك الرابطة ويرفع هذا القيد بلفظ مخصوص، صادر من الزوج ،أو الزوجة فى حالة تفويضها فى أمر الطلاق . أما الفسخ فيرفع القيد الثابت بالعقد، أو يحل الرابطة بين الزوجين بدون توقف على لفظ مخصوص يصدر من أى منهما .

<u>حكم الطلاق :</u>

اختلف الفقهاء فى حكم الطلاق، أى فى وصفه الشرعى. فذهب بعضهم إلى أنه مباح بمعنى أنه يجوز للزوج أن يطلق زوجته سواء وجدت أسباب تدعوه إلى هذا الطلاق أم لا .

ذلك أن الله تعالى نفى الجناح يعنى الاثم على المطلق ، كما أنه سبحانه وتعالى لم يقيده بأسباب تدعو إلى الطلاق حيث قال جل شأنه (لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن) وقال أيضا (يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وقد طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة أم المؤمنين (رضى الله عنها) وكذلك طلق الصحابة (رضوان الله عليهم) . فقد طلق عمر (رضى الله عنه) أم عاصم وطلق المغيرة بن شعبة

أربع نسوة ، فلو كان الطلاق غير مباح ما فعله هؤلاء الصحابة الأجلاء رضوان الله عليهم .

وذهب فريق آخر إلى أن الطلاق ممنوع من حيث الأصل ولا يباح الا إذا وجد سبب يدعو إليه فوجود السبب يجعله مشروعا وانما كان الطلاق ممنوعا أو محظورا من حيث الأصل لأن فيه قطعا للزواج الذى ينتج عنه الولد الشرعى الذى يعبد الله تعالى، ويعمر الكون، ويقيم صرح المجتمع الصالح – ففيه أيضا جحدا للنعمة وتبديلا للسنة التى تفضل الله بها على عباده بالزواج . وفيه قطع أواصر الصلة، والمحبة، والمودة التى أفاء الله بها على بنى البشر والتى أشار إليها بقوله: " ومن أياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ".

وقد أبيح الطلاق عند الحاجة وقيام سبب يدعو إليه كعدم التوافق بين الزوجين أو سوء خلق الزوج أو الزوجة أو عدم القدرة على القيام بالحقوق الزوجية لأنه لو لم يبيح الطلاق فى هذه الأحوال وما ماثلها لترتب على بقاء الزوجية بين الرجل والمرأة من النتائج والاثار الضارة ما يناقض تماما الهدف المراد تحقيقه بالزواج من المودة والرحمة واقامة حدود الله تعالى فمنعا للظلم ودفعا للجور أبيح الطلاق للتخلص من أمور تترتب على بقاء الزواج أسوأ من تلك التى تترتب على حلة أو انهائه، فان الطلاق فى شرعة الاسلام يكوَن بمثابة الدواء الذى يقضى على علة ليس فى الاستطاعة

القضاء عليها الا به فهو آخـــر الدواء كالكى لا يكون إلا آخر الدواء كما كان العرب يقولون .

ومن يتدبر قول الحق تبارك وتعالى " فان أطعنكم فلا تبغـوا علـيهن سبيلا " (١) أى أن رجعن إلى طاعتكم فلا تطلقوهن ولا تفـارقوهن وقولـه عز وجل : " وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما " . (٢)

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أبغـض الحـلال إلـى الله الطلاق " يظهر له بوضوح رجحان ما ذهب إليه البعض الآخر من الفقهـاء ذلك أن الشريعة الاسلامية تبعد الأزواج بقدر الامكان عن استعمال حقهم فى الطلاق ضد الزوجات فاذا أمكن تسوية الخـلاف بـين الـزوجين بطريقـة مشروعة لم يبح الطلاق وان لم يمكن تسوية الخـلاف بينهمـا بالطريقـة المشروعة فلا مفر من الطلاق كعلاج أخير .

ونستطيع بعد كل ما تقدم فى حكم الطلاق أن نقول :

(١) أن الطلاق لا يكون مباحا أو لايخلوا من الاثم إذا لم يوجد سبب معتبر شرعا يدعو إليه ككراهة الزوج لزوجته أو العكس أوسـوء العشـرة بسبب سوء الخلق لأى منهما ذلك أن الطلاق بلا سـبب يعـد ايـذاء جسيما للمرأة بدون حق وهذا منهى عنه شرعا .

(٢) إذا طلق الزوج زوجته من غير سبب يدعو إليه فإن هذا الطلاق رغم كونه ممنوعا شرعا يقع وتنحل به رابطة الزوجية .

---

(١) آية رقم ٣٤ من سورة النساء
(٢) آية رقم ٣٥ من سورة النساء

(٣) أن الطلاق يكون مباحا خاليا من المؤاخذة أو الاثم إذا وجد سبب يدعو إليه ولكنه يتفاوت في درجة اباحته حسب قوة السبب الذى دعا إليه أو ضعفه فيكون الطلاق مباحا فقط بمعنى أن الزوج يكون فيه بالخيار بين ايقاعه وعدم ايقاعه دون تفضيل للايقاع على عدمه أو العكس إذا كان السبب الداعى للطلاق لا يرجع إلى سوء خلق الزوجة أو سوء عشرتها أو تدينها وانما يكون مرجع ذلك السبب هو النفور الطبيعى الذى لا حول لها فيه ولا قوة سببه سوء اخلاق الزوجة وايذائها زوجها . وقد يكون الطلاق واجبا وذلك إذا كان السبب يرجع إلى عيب فى الرجل لا ترضى به المرأة مما يفوت معه الانتفاع بثمرات الزواج أو كان يرجع إلى سوء سلوك الزوجة وما إلى ذلك من الأسباب التوبة . (١)

ركن الطلاق :

ركن الطلاق هو اللفظ المخصوص الذى يرفع القيد الثابت بالزواج فى الحال أو المآل أو ما يقوم مقامه وبعبارة أخرى هو اللفظ المخصوص الذى يزيل الملك أو ينقص الحل أو ما يقوم مقامه فى هذا .

---

(١) الفقه الاسلامى لاساتذة كلية الشريعة والقانون ـ دار الطباعة المحمدية بالازهر بالقاهرة الطبعة الأولى سنة ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م

واللفظ المخصوص هو ذلك اللفظ المأخوذ من مادة (طلق أو طلاق) سواء استعمل فى الطلاق خاصة كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أو مطلقة أو استعمل فيه وفى غيره كقول الزوج لزوجته أنت محرمة أو بائنة أو أنت خلية أو أنت برية إذا نوى بهذه الالفاظ الطلاق لأنها تحتمل الطلاق وغيره والذى يقوم مقام التلفظ بهذا اللفظ المخصوص هو كناية هذا اللفظ أو الأشارة التى يفهم منها ان المشير بها يريد طلاق زوجته .

على أنه ينبغى ملاحظة أن هذا اللفظ للمخصص أو ما يقوم مقامه لا يتحقق به ركن الطلاق ولا يترتب عليه اثارة الا إذا اضافه الزوج إلى زوجته أو أسنده إليها بحيث يفهم منه لغة أو عرفا تطليقها ويتحقق ذلك بتعيين الزوج لزوجته بالأسم أو بالاشارة أو بالوصف أو الضمير كأن يقول فلانه طالق أو هذه طالق ويشير إلى زوجته أو امرأتى طالق أو أنت طالق مخاطبا لها أو هى طالق فى معرض الحديث عنها. فكل ما تقدم يفهم منه لغة تطليق الزوج لزوجته، لان الزوج أضاف لفظ الطلاق إلى الزوجة أما قول الزوج (على الطلاق أن أفعل كذا أو الطلاق يلزمنى أن لم أفعل كذا) فأنه يقع به الطلاق عند جمهور الفقهاء كذلك على الرغم من عدم اضافة الطلاق إلى المرأة لفظا الا أنه مضاف إليها فى المعنى لان المفهوم من القول المتقدم هو وقوع طلاق الزوجة اذا لم يأت الحالف بالمحلوف عليه .

وان كان المعمول به حاليا فى المحاكم الشرعية ان الطلاق لا يقع بايمان الطلاق المقصود بها الحث على فعل شئ أو عدم فعله كما سنرى .

حكمة مشروعية الطلاق :

عرفنا مما سبق أن الطلاق انما شرعه الله عز وجل كعلاج نهائى لما لا يستطاع علاجه فى المشكلات والخلافات التى تدب بين الزوجين وذلك عندما تصبح الحياة الزوجية بينهما غير محققة للثمرات التى شرع الزواج من أجلها ويصبح الابقاء على الحياة الزوجية بينهما مفسدة قد يترتب عليها من الأضرار ما يهدد سلامة المجتمع وأمنه فقد لا تتحقق السعادة المنشودة من الزواج أو لا تحصل المودة والرحمة والسكون وغير ذلك من المعانى المبتغاة من الزواج فى المجتمع بل يحدث العكس بسبب تنافر الطباع وعدم التلاقى فى الميول والا مزجة بين الازواج وفى هذه الحالة لا يجد الزوجان متنفسا ومخرجا مما هم فيه من الضيق والمعاناة الا بالطلاق وهنا يكون الطلاق رحمة كبرى لهما وقد تظهر الايام فى بعض الاحيان أن الزواج لم يحقق ما قصد منه من انجاب الأطفال بسبب خلل أو ضعف فى تكوين أى من الزوجين الجسمانى وفى هذه الحالة يتخلف أهم مقصد من مقاصد الزواج وربما إذا افترقا وتزوج كل منهما بآخر تحقق له هذا المقصد وهنا يكون الطلاق نعمة من الله تعالى أفاء بها على كل منهما حيث تحقق لكل منهما عن طريقة ما كان يصبو اليه . ثم ان الزواج قد يلحق بالزوجة أضرارا لاتستطيع معاشرة الزوج والعيش معه فى كنفه وفى هذه الحالة يتعين عليه تسريحها باحسان حيث فشل فى امساكها بمعروف والا كان

ظالما لان الله عز وجل يقول : " الطلاق مرتان فأمساك بمعروف أو تسريح باحسان) ....

لكل ما تقدم من المعانى والاغراض وغيرها شرع الله الطلاق لعبـــاده وهو بهم رؤوف رحيم والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم وصـــلى الله علـــى سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

****

******

الفصل الثانى

من يقع طلاقه ومن لا يقع طلاقه ومحل الطلاق

قبل الكلام فى هذا الموضوع أنبه إلى أن الطلاق لا يلحق عقد الزواج الا إذا كان صحيحا فاذا كان العقد فاسدا لم يلحقه الطلاق . لان الطلاق الذى يصدر من الرجل فى حالة الزواج الفاسد لا يصادف محله فلا تترتب عليه آثاره والنتيجة العملية المترتبة على هذا الترتيب هى أن الطلاق الصادر من الرجل فى حالة العقد الفاسد لا ينقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته فلو أن رجلا تزوج أمرأة بعقد فاسد ثم أوقع الطلاق عليها فان هذا الطلاق يعد كأن لم يكن ولهذا الرجل أن يجدد العقد عليها دون أن ينقص هذا الطلاق عدد الطلقات التى له عليها ولو أن رجلا تزوج امرأة بعقد فاسد ثم أوقع الطلاق عليها ثلاثا يعد هذا الطلاق كأن لم يكن وله أن يتزوجها من غير أن تنكح زوجا غيره ثم يدخل بها دخولا حقيقيا ثم تطلق منه وتعتد من هذا الطلاق . وبعد هذا التنبيه فاقول :

أن الذى يملك حق الطلاق هو الرجل اذا توافرت فيه شروط معينة سيأتى ذكرها قريبا فالرجل هو الذى يرفع قيد النكاح الثابت بالزواج فى الحال أو المآل لا المرأة . فالشريعة الاسلامية جعلت الطلاق من الرجل ولم تعط هذا الحق للمرأة . والشريعة الاسلامية لم تختص الزوج بهذا الحق تحيزا له أو حمية أو لمجرد التفضيل الخالى من الاسباب العارى من

الاسرار المجرد عن الحكمة بل اختصت الزوج بهذا الحق لكثير من الاسرار والاسباب ذلك أن المرأة تختلف عن الرجل فى كثير من الغرائـــز والطبـــاع ومرد ذلك الى اختلافهما فى بعض التكوينات الخلقية حسب الوظيفة التـــى أعد الله كلا منهما لها فى الحياة الدنيا .

فالمرأة سريعة التأثر قوية الانفعال ومرجع ذلك إلى قوة العاطفة عندها وشدة الحنان والشفقة لديها . وهذه الطبيعة إذا كانت محمودة ومستحبة فى بعض الأمور فانها تكون على العكس فى بعضها الاخر . فمثلا إذا حمـــدت فى مواطن مثل تربية الاطفال وتنشئتهم واصلاح شأنهم ، لما يحتاج إليـــه الطفل من الصبر والجلد والتأنى فى تربيته فان شدة الطبيعة لا تحمـــد فـــى مواطن الغضب ومعلوم أن المعاشرة الزوجية مهما صفا جوها ورق نسيمها لا تخلو مما يعكر هذا الصفو ويكدر هذا النسيم فمشـــاكل الاســـرة كبيـــرة وعقباتها غزيرة وعليه فأنه لا يصح أن يجعل أمر هذه الاسرة المقدسة عند الله تعالى فى يد الطرف السريع الانفعال ، شديد الغضب ، لهذا فأن الشخص عندما يستولى عليه الغضب، يسلب منه عقله، ويزول عنه التفكير الســـليم فالمرأة وهذه طبيعتها لا يعقل أن تملك مصير الاسرة بجعل الطلاق بيـــدها لانها عندما يشتد انفعالها ويحتد مزاجها تندفع مع العاطفة ولا تتردد فى هذا الاندفاع غير عابئة بما يترتب عليه من آثار ضارة ونتائج سيئة بل ترى فى هذا الاندفاع الخير كله دون أن تعطى العقل الفرصة فى استعمال حقه فـــى

الموازنة بين الامور وتقليب وجهاته فيها فلو ملكت المرأة حـق الطـلاق لتصرفت فيه على نحو يوافق تلك العاطفة يرضى تلك الطبيعة .

وليس معنى هذا أن رأى المرأة مهدر تماما فى موضوع الطلاق ذلـك أن الشريعة الغراء فى كثير من الاحيان اعتبرت رأيها فيه، حيث جعل لهـا الحق فى اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالطلاق. وأوجبت علـى القاضـى اجابة طلبها، والتفريق بينها وبين الزوج اذا أبدت من الاسباب مـا تقـره العدالة، وتؤيده الشريعة الاسلامية التى عملت جاهدة على تحقيق سـعادة الاسرة والحفاظ عليها، وسلامة مستقبلها، الذى انبنى عليه سلامة المجتمع بأسره .

وليس معنى ما تقدم أيضا أن الرجل معصوم من الانفعـال، والتـأثر بالنزعات أو أنه مجرد من العاطفة. ذلك أن التأثر والانفعال مـن سـمات الانسان التى تميزه عن الحيوان ، بل معناه أن الكثير الغالب على الرجل هو التريث فى الامور والاناة فى الفصل فيها وتقليب وجهات النظر والفكر فـى شأنها .

واذا كانت الشريعة الاسلامية قد جعلت حق الطلاق ملكا للرجل فـأن المرأة تستطيع أن تملك هذا الحق وذلك بالاتفاق مع زوجها فى حال العقـد أو بعده على أن يكون لها الحق فى ايقاع الطلاق على نفسها فى أى وقـت شاءت أو أن توقعه على نفسها إذا حصل الامر الفلانى كعدم الانفاق عليها أو اساءة عشرتها مثلا ففى هذه الحالة تملك الزوجة حق ايقاع الطلاق على نفسها فى حدود الاتفاق المبرم بينها وبين الزوج

من يقع طلاقه ومن لايقع

لما كان الطلاق تصرف من التصرفات الهامة جـدا لاتصـاله بأصـل المجتمع ونواته وهى الاسرة ولما يترتب عليه من الاثار والنتائج لم تعتد به الشريعة الغراء من كل الازواج فى كل الاحوال ولهذا تطلبت من الزوج حتى يقع طلاقه وتترتب عليه آثاره وأهمها التفريق بين الزوجين أن يكون عاقلا بالغا فالزوج العاقل البالغ هو الذى يقع طلاقه، سـواء أكـان رشـيدا فـى التصرف فى ماله، أم كان مبذرا فيه لسفه مثلا وسواء أكان الزوج صحيحا أم كان مريضا. وذلك لوجود العقل فى السفيه والمريض اللهم لا اذا ترتـب على مرض الزوج اختلال فى قواه العقلية ففى هذه الحالة لا يقع طلاقه لعدم توافر شرط العقل فيه. ولا يشترط لصحة الطلاق عند الحنفيـة أن يكـون الزوج مسلما فيقع طلاق غير المسلم. كما يقع طلاق المسلم تماما.

وقد اتفق الفقهاء على وقوع طلاق البالغ العاقل، ولو كان هازلا بهذا الطلاق. والهازل هو الذى لا يقصد حقيقة ما يقول وقد وقع طلاقه، لقولـه عليه الصلاة والسـلام (ثلاثة جدهن جد وهزلهن جـد النكـاح والطـلاق والرجعة) وفى رواية أخرى (النكاح والطلاق والعتاق) واذا كان الفقهاء قد اتفقوا على وقوع الطلاق من العاقل البالغ ولو كان مريضـا أو غـافلا فانهم قد اختلفوا فى وقوع الطلاق مـن المكـره والسـكران والمـدهوش والغضبان . وفيما يأتى بيان آراء الفقهاء فى طلاقهم .

طلاق المكره :

الاكراه هو حمل الشخص على ما لا يرضاه من قول أو فعل . والمكره هو الشخص المحمول قهرا على ما لا يرضاه من قول أو فعل ولا يتحقق الاكراه الا بتوافر عدة شروط :

(١) أن يكون التهديد صادرا من شخص قادر على تحقيق ما هدد به.

(٢) ألا يكون في استطاعة الشخص المهدد دفع ما هدد به .

(٣) أن يكون الفعل المهدد به مما يصيب الشخص بضرر في نفسه أو ماله أو عرضه أو قرابته القريبة كالزوجة وولده وأبنته .

(٤) أن يغلب على ظن الشخص المهدد تنفيذ الفعل المهدد به ان لم يجب المهدد إلى طلبه .

(٥) أن يكون ما هدد به الشخص مما يلحقه ضرر في الحال فاذا تحققت هذه الشروط لشخص من الأشخاص كان مكرها على الطلاق .

وقد اختلف الفقهاء في طلاق المكره من حيث الوقوع وعدمه فذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق المكره لا يقع بحال، فإذا هدد شخص بالقتل أو الضرب أو أتلاف المال ان لم يطلق امرأته فطلقها خوفا مما هدد به، فإن هذا الطلاق لا يقع ولا يفرق بين زوجته وبينه بسبب هذا الطلاق لانه

يشترط عندهم لوقوع الطلاق صحيحا، أن يكون الزوج مختارا فيه فاذا اكره عليه فلا يقع.

وقد أستدل الجمهور على ما ذهـب إليـه بقولـه عليـه الصـلاة والسـلام (ان الله رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) .

وذهب الحنفية ،إلى أن طلاق المكره يصح ،وتترتب عليه آثاره فيفرق بين الزوج وزوجته بسبب الطلاق الصادر من الزوج تحت سلطان الاكـراه ذلك أنه لا يشترط عندهم لصحة الطلاق أن يكـون المطلـق طائعـا فيـه. ويقولون: إن الاكراه وان أزال الرضا بالطلاق عند المطلق، الا أنه لا يزيل الاختيار بين الامرين . الامر المهدد به الزوج، وبين الطلاق، وان كان كلا الامرين لا يرضاهما. فاذا طلق امرأته تفاديا للامر المهدد به، فقـد اختـار الطلاق، فيقع الطلاق، وتترتب عليه آثاره .

والراجح ما ذهب اليه الجمهور وهو عدم وقوع طلاق المكره ذلك أن الاكراه يعدم الرضا تماما بلا شك. والاختيار الذى يبقـى للمكـره اختيـار ضعيف، غير صحيح ، يجعل ما يصـدر عـن الشخص من التصـرفات لا قيمة له ، ولا أثـر .

وإذا كان فقهاء الحنفية يقولون: ببطلان التصرفات التى تصدر عـن الشخص متعلقة بما له فى حالة الاكراه، فالاولى بهم أن يقولوا: بعدم وقوع طلاقه الصادر منه فى هذه الحالة، لما يترتب على الطلاق من أمر خطيـر

جدا وهو فصم عرى الزوجية، وتشتيت الزوجة، وتشريد الأولاد. ولاشك أن الأسرة أهم بكثير جدا من الأموال .

وقد كان المعمول به فى المحاكم الشرعية قبل صدور المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو مذهب الحنفية وبعد صدور هذا القانون عدل عن العمل بمذهبهم إلى العمل بقول الجمهور الذى يقضى بعدم وقــوع طــلاق المكره حيث نص هذا القانون فى المادة الأولى منه (لا يقع طلاق السكران والمكره) .

طلاق السكران :

السكران: هو الذى لا يعلم ما يقول ،ولا يدرى ما يفعل أو هو الذى لا يعرف السماء من الأرض ،ولا الذكر من الأنثى، ولا يميز متاعه من متــاع غيره .

وقد اختلف الفقهاء فى وقوع طلاق السكران وعدم وقوعه .

فذهب فريق منهم إلى عدم وقوع طلاق السكران مطلقا أى سواء أكان سكره من حلال، أم كان سكره من حرام .وسواء تناول المســكر المحــرم عالما به، متعديا بشربه، أم تناوله غير عالم به، أو مضطرا إليه. فمن تلفظ الطلاق وهو سكران، فطلاقه لا يعتد به، ولا يترتب عليه آثاره.

وذهب فريق منهم إلى التفريق بين من شرب السكر المحرم عالمــا به، متعديا بشربه، مختارا فيه، وبين من شرب السكر غير عــالم بــه. أو مضطرا إليه، أو مكرها على شربه. فقالوا: بوقوع طلاق الســكران الــذى

شرب السكر المحرم عالما به، متعديا بشربه، مختارا فيه أما من شرب السكر غير عالم به أو مضطرا إليه أو مكرها على شربه فلا يقع طلاقه. وقالوا: ان الذى شرب المسكر المحرم عالما به متعديا بشربه مختارا فيه. يقع طلاقه، عقوبة له على تجرئه على ما حرمه الله عليه. أما الذى شربه غير عالم به ولا متعديا بشربه، فليس أهلا للعقوبة أو الزجر لعدم وجود تعد منه على حرمات الله تعالى. والذى يترجح من هذه الاراء هو الرأى الأول القائل بعدم وقوع طلاق السكران مطلقا سواء أكان سكره من حلال أم كان من حرام وسواء شرب المسكر المحرم عالما به متعديا بشربه مختارا فيه أم لا ذلك أن شرط الرضا والاختيار الذى تقوم عليه صحة التصرفات لا يتوفر فى السكران وعليه فان طلاقه وهو تصرف من التصرفات لا يقع ولا تترتب عليه آثاره بحال ....

ويرد على الفريق القائل بوقوع طلاق السكران عقوبة له وزجرا على تناوله ما حرمه الله عليه بأن هذه العقوبة لا تقتصر عليه وانما تتعداه إلى الأسرة البريئة مما ارتكبه فتتفكك ويتشرد الاطفال وتخرب البيوت .

ويرد عليهم أيضا بأن الشارع الحكيم فرض عقوبة لهذا السكران تكفى فى ردعه وزجره وتقتصر عليه وحده وهى حد الشرب المتمثل فى جلده ثمانين جلدة فقد قال عليه الصلاة والسلام :(من شرب الخمر فاجلدوه فأن عاد فأجلدوه فأن عاد فى الثالثة أو الرابعة فاقتلوه) وأتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب فجلده ثم أتى به فجلده ثم أتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة) .

هذا وقد كان العمل جاريا فى المحاكم الشرعية على القول بوقوع طلاق السكران الذى شرب السكر عالما به مختارا فيه متعديا بشربه وذلك طبقا لمذهب الاحناف واستمر العمل على هذا حتى صدور المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فعدل عن العمل بهذا القول إلى العمل بالقول الاخر القائل بعدم وقوع طلاق السكران مطلقا حيث نص فى المادة الأولى منه على أنه (لا يقع طلاق السكران والمكره) .

حكم طلاق المدهوش والصبي المعتوه والمخطئ :

الدهش أو الشدة ذهاب العقل من الذهل والوله وقيل من الفزع ونحوه والمدهوش أو المشدوه هو الذى اعترته حالة انفعال جعلته لا يدرى ما يقول ولا يعقل ما يفعل أو ما يصل به الانفعال إلى حالة يغلب معها الاضطراب وعدم الاتزان فى أقواله . ويكون مرجع هذا الانفعال خوفا مفرطا أو غضبا مفرطا كذلك أو يكون مرجعه صدمة عصبية اصابته مثلا .

والمدهوش أو المشدوه لا يقع طلاقه مثله مثل المجنون (١) والمعتوه (٢) والمغمى عليه (٣) ومن اختل عقله لمرض أو كبر ويسمى الخرف ذلك أن هؤلاء جميعا لا يعقلون ما يقولون ولا يدرون ما يفعلون وعليه فأن أقوالهم غير معتبرة شرعا لعدم صدورها عن ادراك صحيح منهم .

---

(١) يلاحظ أن طلاق المجنون الذى لا يقع هو الطلاق المنجز فى حالة جنونه أما إذا طلق الشخص الطلاق على فعل سيئ وهو عاقل كأن قال ان دخلت الدار فأمرأتى طالق ثم جن ودخل الدار وهو مجنون وقع الطلاق عند بعض الفقهاء .

(٢) المعتوه هو ضعيف الإدراك الفاسد التدبير الذى يخلط فى كلامه أما المجنون فهو الذى اختلت قواه العقلية .

(٣) المغمى عليه هو الذى اصابته حالة مرضية عطلت قواه المدركة والمحركة حركة ارادية .

وينبنى على ما تقدم أن طلاق الغضبان لا يقع. وأمرأته لا تفترق عنه بسبب طلاقه ولكنه ينبغى ملاحظة أن الشخص لا يطلق امرأتــه الا وهــو غضبان، فلو أخذنا بعموم الغضب، ما وقع طلاق قط .وبهذا قصر المحققون من الفقهاء عدم وقوع الطلاق للغضبان فى حالتين فقط وفى غيرهما يقــع طلاقه : ــ

الحالة الأولى :

أن يبلغ الغضب به نهايته، فلا يدرى ما يقول، ولا يقصده. وقد قــال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا طلاق فى اغلاق) وقد فســر بعــض العلماء الاغلاق بالغضب فكأن الغضبان قد أغلق عليه باب القصد، والارادة، بسبب الغضب، كمن وضع نفسه فى مكان، واغلق عليــه، فــلا يســتطيع الخروج منه .

الحالة الثانية : ــ

ألا يبلغ به الغضب هذه الغاية ولكنه يصل به إلى حالة الهذيان فيغلب الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله .

وفى غير هاتين الحالتين يقع طلاق الغضبان كما إذا كان الغضب أخف مما تقدم بأن كان لا يحول بين الغضبان وبين ادراك مــا يصــدر منــه ولا يؤدى إلى الخلل والاضطراب فى الأقوال والأفعال .

أما الصبي المعتوه : ـ

وهو الذى يعقل معنى الطلاق لقربه من البلوغ وأن كان لم يبلغ الحلم بالفعل فجمهور الفقهاء يرى أن طلاقه غير واقع. فامرأته لا تفترق عنه بسبب طلاقه لأن الله تعالى رفع عنه القلم حتى يبلغ. فقد قال صلى الله عليه وسلم :(رفع القلم عن ثلاثة الصبى حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل). ومعنى رفع القلم عنه رفع الإثم والمؤاخذة ثم أن الشخص لا يكون أهلا للتصرفات الا إذا كان عاقلا، والطفل متوقف شرعا وعرفا على البلوغ. وعليه فان الصبى المميز ليس أهلا للطلاق، فلا يقع طلاقه .

وذهب الحنابلة، وبعض الفقهاء، إلى وقوع طلاق الصبى المميز إذا عقل الطلاق وفهمه، لقول الامام على كرم الله وجهه :(اكتموا الصبيان النكاح) قالوا: ان الفائدة من كتمان الصبيان النكاح ألا يطلقوا .

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو عدم وقوع طلاق الصبى المعتوه وهو المعمول به الان فى المحاكم الشرعية .

وأما المخطئ بالطلاق : ـ

فهو الذى يريد التلفظ بكلمة غير الطلاق فيسبقه لسانه إلى التلفظ بكلمة الطلاق .

والمخطئ بالطلاق يقع طلاقه فيفرق بينه وبين زوجته بطلاقه وانما يقع طلاق المخطئ رغم أنه لا يريد التلفظ بكلمة الطلاق سدا للباب أمام

المحتالين الذين يقصدون الطلاق ثم بعد ذلك يتهربون من تبعاته المترتبة عليه بدعوى انه كان مجرد سبق أو غلطة لسان .

وأنهم كانوا لا يريدون التلفظ به فسدا للذرائع قال جمهور الفقهاء: بوقوع طلاق المخطئ. وقد كان العرب فى الجاهلية يطلق الواحد منهم زوجته ثم يعود إليها بدعوى أنه كان غير جاد فى طلاقه وانما كان لاعبا فيه .

على أن جمهور الفقهاء وان كانوا قد قالوا بوقوع طلاق المخطئ أمام القضاء، بمعنى أنه لا يسمع منه قضاء الادعاء بعدم ارادة التلفظ بالطلاق، عملا بظاهر الأمور، وسدا للزرائع. فانهم قد قالوا: بعدم وقوعه بينه وبين الله تعالى المطلع على حقيقة أمره والذى يعلم بنيته وبسريرته فيما لم يقصد التلفظ بالطلاق، ولا يريده كما يقول فتبقى زوجته على ذمته، ديانة، لا قضاء ويصح للمفتى (المفتى غير القاضى) أن يفتيه بعدم وقوع الطلاق إذا تحقق من صدقه وصدق ادعائه عدم ارادة التلفظ بالطلاق .

<u>محل الطلاق : ـ</u>

محل الطلاق هو المرأة إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعى أو طلاق بائن بينونة صغرى. فالمرأة فى هذه الحالات تكون محلا للطلاق بسبب قيام الزوجية حقيقة أو قيامها حكما ما دامت عدتها لم تنته بعد .

كذلك تكون المرأة محلا للطلاق إذا كانت معتدة من فرقة تعتبر طلاقا مطلقا أو كانت معتدة من فرقة فسخ فى حالتين :

(١) ردة أحد الزوجين عن الاسلام .

(٢) اباء الزوجة الاسلام إذا اسلم الزوج وكانت الزوجة غير كتابية (غير يهودية أو مسيحية) .

أما المعتدة من فرقة فسخ فى غير هاتين الحالتين فلا تكون محلا للطلاق كالفسخ بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه اتصالا يوجب حرمة المصاهرة بينهما أو كالفسخ بسبب خيار البلوغ والافاقة أو بسبب نقصان المهر أو عدم الكفاءة إذا زوجت المرأة البالغة نفسها .

والفرق بين الفسخ فى هذه الحالات وبين الفسخ فى الحالتين السابقتين أن الفسخ فى هذه الحالات يعتبر نقضا لعقد الزواج من أصله، ويترتب على هذا النقض عدم ارتباط الزوجة بزوجها تماما فلا تكون محلا للطلاق حيث صارت أجنبية عنه بعد أن أصبح العقد كأن لم يكن وأما الفسخ فى حالة ردة أحد الزوجين أو ابائه الاسلام إذا أسلم الآخر فانه يكون مانعا من بقاء عقد الزواج الذى تم صحيحا بين الزوجين لا نقضا له من أصله .

وعليه فانه يكون هناك ارتباط بين الزوجة وزوجها ما دامت عدتها لم تنته بعد فتكون محلا للطلاق لانها ليست أجنبية عنه فلو طلقها فى العدة وقع طلاقه فلو كانت مطلقة طلقة واحدة صارت مطلقة طلقتين ولو كانت مطلقة طلقتين بانت منه بينونة كبرى فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره .

الفصل الثالث

تقسيمات الطـــلاق

للطلاق عدة تقسيمات وذلك حسب الاختيار الذى يقسم الطلاق علـــى أساسه ـ فينقسم الطلاق باعتبار موافقته للسنة وعدم موافقته لها إلى :

(١) طلاق سنى (٢) طلاق بدعى

وينقسم الطلاق بحسب الصيغة المستعملة فيه ودلالتها على وقوعه فى الحال والمال إلى :

(١) طلاق منجز (٢) طلاق معلق (٣) طلاق مضاف

وينقسم الطلاق بحسب دلالة اللفظ المستعمل فيه على صراحة وعـدم دلالته عليه كذلك إلى :

(١) طلاق صريح (٢) طلاق غير صريح أى بطريقة الكتابة

وينقسم الطلاق بحسب امكان مراجعة الزوجة بعـده وعـدم امكـان مراجعتها إلى :

(١) طلاق رجعى (٢) طلاق بائن

وسأفرد لكل تقسيم من هذه التقسيمات المتقدمة مبحثا خاصا به .

المبحث الأول

الطلاق السنى والطلاق البدعـــــى

الطلاق السنى :

هو الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته وفق ما ورد عن الرســول صلى الله عليه وسلم .

الطلاق البدعى :

هو ذلك الطلاق الذى يوقعه الزوج على نحو يخــالف مــا ورد عــن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وسمى الأول منهما سنيا لموافقته لسنة رسول الله صـــلى الله عليـــه وآله وسلم فالمطلق فيه سار على المنهج الذى رسمه الرســول صـــلى الله عليه وآله وسلم للطلاق .

وسمى الثانى بدعيا لمخالفته لسنة الرسول صـــلى الله عليـــه وســلم فالمطلق فيه استحدث طريقة اخرى للطلاق غير الطريقة التى رســمها لـــه صلى الله عليه وسلم وشر الأمور محدثاتها وكل محدثة بدعة وكــل بدعــة ضلالة وكل ضلالة فى النار كما قال صلوات الله وســلامه عليـــه وينقســم الطلاق السنى إلى قسمين :

(١) طلاق سنى أحسن .

(٢) طلاق سنى حسن .

فالطلاق السنى الأحسن :

هو أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة رجعية فى طهر لم يقربها فيه ولا فى المحيض الذى قبله ولا يطلقها طلاقا آخر فيهما كذلك . فـإذا طلـق الزوج زوجته فى الحيض أو طلقها فى طهر واحد أكثر من طلقـة واحـدة سواء فرق الطلاق فيه أو جمعه أو طلقها فى طهر كـان قـد طلقهـا فـى الحيض الذى سبقه دون مراجعته لها أو طلقها فى طهر فيه أو طلقها ثلاثا دفعة واحدة فان طلاقه فى كل ما تقدم يكون طلاقا بدعيا لا سنيا أى مخالفا للسنة يأثم به المطلق ويوجب العقوبة عليه .

والسبب أن السنة منعت الطلاق البائن سواء أكان بائنا بينونة صغرى أم كان بائنا بينونة كبرى هو فتح الطريق للرجوع إلى الزوجة بعد الطـلاق وتسهيل هذا الطريق عندما يندم الزوج على فعل الطلاق ويريـد مراجعـة الزوجة وذلك أنه فى الطلاق الرجعى يراجعها بدون عقد ومهر جديدين أما فى الطلاق البائن بينونة صغرى فلا بد لكى تعود الزوجة إلى زوجها مـن عقد ومهر جديدين وفى الطلاق البائن بينونة كبرى لا تعود إليه حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها هذا الغير دخولا حقيقيا ثـم يطلقهـا وتنتهى عدة طلاقها منه .

والسبب فى منع السنة الطلاق فى الطهر الذى جامع الزوج زوجتـه فيه أو فى الحيض الذى قبله هو أنه ربما يحصل حمل للمـرأة مـن هـذا الجماع يحمل الرجل على الرغبة فى زوجته فيزول بسبب هذا الحمل ما كان

بينهما من خلاف ثم ان فى هذا تطويلا لمدة العدة وفى هـذا مشـقة علـى المرأة فلهذا كله منعت السنة الطلاق فى هذه الأوقات .

والسبب فى منع السنة الطلاق أكثر من مرة واحدة أو عدة مرات فى الطهر الواحد فهو فتح الطريق للرجوع إلى الزوجة وتسهيله ذلك أن الزوج إذا أوقع أكثر من طلاق فى الطهر الواحد مثلا وندم على هذا وأراد مراجعه الزوجة وجد الباب مقفلا تماما أمامه إذا كان الطلاق بائنا بينونة كبرى فإذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى وجد الباب ضيقا حيث لا يستطيع مراجعـة المطلقة الا بعقد ومهر جديدين بعد وفاتها بالمراجعة .

الطلاق السنى الحسن :

هو أن يطلق الزوج زوجته التى يريد الانفصال التام عنها ثلاث طلقات فى ثلاثة أطهار من غير أن يراجعها بين هذه الطلقـات ـ هـذا إذا كانـت الزوجة من ذوات الحيض فإذا كانت من غير ذوات الحيض بأن كانت كبيرة آيسة من الحيض أو صغيرة لم تأتها العادة بعد فـالطلاق السـنى الحسـن بالنسبة لها يكون بطلاقها ثلاث طلقات فى ثلاثة أشهر كل شهر طلقة مـن غير أن يراجعها بين هذه الطلقات .

هذا وينبغى ملاحظة أن كون الطلاق بدعيا لا يمنع من وقوعـه رغـم مؤاخذة المطلق فيه فالمطلق طلاقا بدعيا يصح طلاقه وتفترق زوجته عنـه بسبب هذا الطلاق وهو آثم بطلاقها مخالف لما أرشدت إليه السنة النبوية .

المبحث الثانى

الطلاق الصريح وغير الصريح

الطلاق لا يصح وقوعه الا بألفاظ مخصوصة به والالفاظ المخصوصة المطلاق تنقسم إلى قسمين :

(١) ألفاظ صريحة فى الطلاق .

(٢) ألفاظ غير صريحة فيه وانما هى من باب الكتابة .

١ ـ فالالفاظ الصريحة فى الطلاق : هى تلك الالفاظ التى يظهر فيها بوضوح تام ارادة الطلاق بحيث لا يسبق إلى فهم السامع لها الا ارادة الطلاق فقط وينحصر هذا فى نوعين من الالفاظ : النوع الأول الألفاظ المأخوذة من كلمة طلق أو بطلاق فهى طالقة أو مطلقة وغيرها من الالفاظ المشتقة من هذه المادة . النوع الثانى الالفاظ التى ليست مأخوذة من كلمة طلق أو طلاق ولكن العرف جرى على استعمالها فيه دون غيره فإذا جرى العرف بين الناس على أن لفظا ما لا يستعمل الا فى الطلاق عد هذا اللفظ من صيغ الطلاق الصريحة فيه فمثلا إذا تعارف الناس فى عصر من العصور على أن لفظ الحرام لا يستعمل الا فى الطلاق عند اضافته إلى المرأة أن اعتبر هذا اللفظ صريحا فى الطلاق فلو قال رجل لامرأته أنت حرام على طلقت منه حتى لو قال أننى لم أنو طلاقها بهذا اللفظ ذلك أن العرف والعادة محكمان كما يقولون . والعرف قد جرى على استعمال هذا اللفظ عند اضافته للمرأة

فى الطلاق فقط فيكون صريحا فيه واللفظ الصريح فى الطلاق سواء كان مأخوذا من كلمة طلق أو طلاق أم كان غير مأخوذ من هاتين الكلمتين ولكن العرف جرى على استعماله فيه دون غيره يقع به الطلاق دون التوقف على نية المتلفظ به أى سواء نوى المتلفظ به الطلاق أم لا .

٢ ـ والالفاظ غير الصريحة فى الطلاق التى تعد كناية فيه هى تلك الالفاظ التى لا يظهر منها بوضوح تام ارادة الطلاق ذلك أنها ألفاظ لم توضع للطلاق خاصة انما وضعت له ولغيره ومثال كناية الطلاق قول الزوج لزوجته اعتدى أو أنت بائن أو أنت خلية أو أنت برية أو حبلك على غاربك أو اسقنى الماء وانصرفى أو ابتعدى عنى فكل هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره والفيصل فى ارادة الطلاق بها أو عدم ارادته نية المتلفظ بها أو دلالة الحال التى ذكرت فيها هذه الالفاظ فاذا قال : نويت الطلاق طلقت منه زوجته وإذا لم ينوه لم تطلق منه . فقد تدل الحالة التى تلفظ الزوج فيها بهذه الالفاظ على ارادة الطلاق كالتلفظ بها وقت مذاكرة الطلاق أو وقت الغضب والتشاحن بين الزوجين فذكر ألفاظ الكناية فى هذه الأوقات يدل على أن الزوج قصد بها الطلاق ولو ادعى أنه لم ينو بها الطلاق وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، غير أن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عند نصه على حكم الكنايات للطلاق من حيث وقوع الطلاق بها وعدم وقوعه فى المادة الرابعة منه التى

جاء فيها (كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع به الطلاق الا بالنية) نجده لم يأخذ برأى هذا الجمهور فى الكناية من كل وجوهه حيث لم يوقع الطلاق بها الا بالنية فقط أما دلالة الحال على قصد الطلاق بهذه الكناية فلم يعتد فى وقوع الطلاق بها .

وألفاظ الطلاق المتقدمة بنوعيها يقع بها الطلاق بالقول أى بتلفظ الزوج بها ويقع الطلاق بها أيضا بكتابتها كتابة واضحة مستبينة موجهة إلى الزوجة على نحو ما توجه به الرسائل أى كتابة لفظ الطلاق كتابة واضحة فى الدلالة على المقصود منها سواء أكان المطلق بالكتابة قادرا على النطق أو لا وسواء نوى بها الطلاق أم قال لم أنوه كأن يكتب بعد المقدمة أما بعد فان زوجتى فلانة طالق أو مطلقة أو ما أشبه ذلك . فإذا كانت الكتابة واضحة مستبينة لكنها غير معنونة وموجهة على نحو ما توجه به الرسائل فان الطلاق يقع بها إذا قصد الكاتب بها الطلاق سواء أكان قادرا على النطق أم لا . فمثلا إذا كتب الشخص على جدار حائط أوورقة زوجتى طالق فان هذه الكتابة يحتمل أن الغرض منها الطلاق ويحتمل أن الغرض منها شئ آخر غير الطلاق كتجربة القلم أو تحسين الخط مثلا ولهذا فان الطلاق لا يقع بهذه الكتابة الا إذا نواه الكاتب .

وإذا كانت الكتابة غير واضحة ولا مستبينة فلا يقع الطلاق بها مطلقا، أى سواء أكان الشخص قادرا على النطق أم لا وسواء نوى بها الطلاق أم لم ينوه . ويلاحظ أنه فى الكتابة المستبينة الواضحة المعنونة الموجهة على

نحو ما توجه الرسائل يقع الطلاق بها من وقت الكتابة إذا لم يقيده الكاتب بوقت معين كوقت وصول الرسالة أما إذا قيده بوقت كوقت وصول الرسالة بأن قال فى رسالته لزوجته بعد المقدمة، وبعد فإذا وصلتك هذه الرسالة فأنت طالق فأن الطلاق لايقع الا بوصول الرسالة إليها.

وكما يقع الطلاق بالقول أى التلفظ بلفظ الطلاق أو بكتابته بالشروط المتقدمة فأنه يقع أيضا بالأشارة المفهومة الصادرة من الأخرس الذى ولد كذلك إذا كان لا يعرف الكتابة باتفاق الفقهاء فإذا كان الأخرس يعرف الكتابة فالبعض يرون أن الطلاق يقع منه بالأشارة المفهومة والبعض الآخر يرى ان الطلاق لا يقع منه الا بها لأن الأشارة ليست فى قوة الكتابة من حيث الدلالة على المقصود فلا يعول عليها فى الطلاق احتياطا ما دام الزوج يعرف الكتابة .

وإذا كان الخرس طارئا كالذى اعتقل لسانه فلم يستطيع الكلام فبعض الفقهاء يرى أن طلاقه لا يقع بالأشارة المفهومة منه وان كان لا يعرف الكتابة الا إذا استمر على عدم استطاعته الكلام حتى الموت . وبعضهم يرى أن طلاقه لا يقع الا إذا استمر على عدم استطاعته الكلام سنة ورأى هذا البعض هو الجدير بالاعتبار فى مجال التطبيق .

وعلى القول بوقوع طلاق الأخرس مطلقا أى سواء كان خرسه أصليا أم كان خرسه طارئا واستمر سنة فيكون طلاقه رجعيا طلقة واحدة فقط الا إذا جاء فى اشارته ما يفهم منه أنه يريد الطلاق الثلاث فيقع طلاقه ثلاثا .

وإذا كانت الأشارة بالطلاق صادرة من شخص قادر على النطق فلا يقع بها الطلاق عند جمهور الفقهاء. وذهب فقهاء المالكية إلى وقوع الطلاق بالأشارة الصادرة من القادر على النطق ما دامت مفهومة، لأن الأشارة عندهم فى حكم اللفظ، وقوته. وقد استدلوا على هذا بقوله تعالى : " قال رب اجعل لى آية قال آيتك الا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا " (١) فالمراد بالرمز فى هذه الآية هو الأشارة وهو مستثنى من الكلام استثناء متصلا فتكون الأشارة كلاما بنص كتاب الله تعالى وما دامت كلاما فأن الطلاق يقع بها كما يقع باللفظ تماما .

---

(١) آية رقم ٤١ من سورة آل عمران

المبحث الثالث

الطلاق المنجز والمعلق والمضاف

التنجيز :

هو انشاء التصرف وامضاؤه من حين صدوره دون توقف على شئ .

التعليق :

هو ربط حصول مضمون جملة على حصول جملة أخرى كقول ولى الدم للجانى : أن أعطيتنى كذا من المال عفوت عنك . فولى الدم بقوله هذا ربط حصول العفو عن القاتل بحصول اعطائه المبلغ الذى عينه من المال .

وأركان التعليق ثلاثة : ــ

(١) أداة الشرط كان أو أحدى أخواتها .

(٢) فعل الشرط (المعلق عليه) .

(٣) جزاء صالح للشرط (المعلق) .

ويشترط لصحة التعليق سواء أكان فى الطلاق أم كان فى غيره ثلاثة شروط : ــ

(١) أن يكون الشرط المعلق عليه معدوما على خطر الوقوع بمعنى أن يكون مدلول الشرط مترددا بين الوجود والعدم .

(٢) أن تكون هناك رابطة بين المعلق والمعلق عليه كالفاء إذا كان الجزاء مؤخرا والا كان التصرف منجزا لا معلقا كقول الشفيع للمشترى :

ان كنت قد اشتريت نصيب شريكى فى المنزل بكذا فقد اسقطت حقى فى الشفعة .

(٣) ألا يكون هناك فاصل أجنبى بين المعلق والمعلق عليه بدون عذر والا كان التصرف منجزا .

الأضافة : –

تأخير ترتيب آثار التصرف إلى زمن مستقبل بعد انشاء التصرف كقول الزوج لزوجته : أنت طالق فى أول الشهر الفلانى مثلا .

والفرق بين التعليق والاضافة عند فقهاء الحنفية أن التصرف المعلق على شئ لا ينعقد الا عند وجود هذا الشئ . أما التصرف المضاف إلى مستقبل فانه ينعقد فى الحال الا أن آثاره لا تترتب عليه فى الحال بل تتأخر إلى مجئ الزمن المضاف إليه هذا التصرف . أما فقهاء الشافعية ومن تبعهم فلا فرق عندهم بين التعليق والاضافة فكل من التصرف المعلق على شئ والتصرف المضاف إلى زمن مستقبل ينعقد فى الحال ولا تترتب عليه آثاره الا بعد مجيئ الزمن المضاف إليه النصرف أو حصول الشيئ المعلق عليه .

وبعد هذا البيان الموجز لكل من التنجيز والتعليق والاضافة انتقل إلى موضوعنا وهو أقسام الطلاق الثلاثة :

(١) المنجز .

(٢) المعلق .

(٣) المضاف .

فاقول : الطلاق يصح فيه التنجيز والتعليق والاضافة لأنه من التصرفات المسقطة للحقوق أو الاملاك ذلك أن الزوج بطلاقه لزوجته يسقط حقه فى ملك الاستمتاع بزوجته والتصرفات المسقطة للحقوق أو الاملاك يجوز فيها التعليق على شرط والاضافة إلى زمن مستقبل أما التنجيز فهو جائز فيها وفى غيرها بل أنه الأصل فى التصرفات كلها أى سواء أكانت من باب الأسقاط أم كانت من باب المعاوضات أم كانت من باب التبرعات أم كانت من باب الأطلاقات .

فالطلاق المنجز : هو الذى تدل صيغته على انشائه وامضائه فى الحال وهذا لا يتحقق الا إذا كان الطلاق غير معلق على شرط أو مضافا إلى زمن مستقبل وذلك مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أو يقول : امرأتى مطلقة .

وحكم الطلاق المنجز أنه يقع فى الحال متى كانت المرأة محلا للطلاق كما تقدم وتترتب عليه آثاره وقت صدوره .

والطلاق المعلق : هو الذى يربط فيه الزوج حصول الطلاق بحصول شئ آخر كأن يقول لزوجته : أن دخلت دار فلانة فأنت طالق فقد ربط الزوج

هنا بين حصول الطلاق وبين حصول دخول امرأته دار فلانة هذه أو بمعنى آخر علق وقوع الطلاق على شرط وهو دخول زوجته الدار المذكورة .

ويشترط لصحة تعليق الطلاق وقوع الطلاق المعلق ما يأتى :

(١) أن يكون الشئ المعلق عليه الطلاق معدوما ممكن الوجود فى المستقبل فإن علق الطلاق على ما هو موجود بالفعل فأن الطلاق منجز لا معلق كقول الزوج لزوجته ان كانت السماء فوقنا فأنت طالق طلقت فى الحال وان علق على أمر مستحيل الوجود في المستقبل كان التعليق لغوا لا يقع به الطلاق كقول الزوج لزوجته ان أمطرت السماء ذهبا فأنت طالق . ذلك أن الزوج يقصد بهذا أنها لن تطلق منه بحال من الأحوال .

(٢) أن تكون المرأة وقت صدور الطلاق المعلق محلا للطلاق أى ممن يقع عليها الطلاق وقد عرفنا متى تكون المرأة محلا للطلاق فأن لم تكن المرأة كذلك لم يصح التعليق لأنها تكون أجنبية عن المطلق وطلاق الأجنبية لا يقع سواء أكان منجزا أم كان معلقا أم كان مضافا .

(٣) أن تكون المرأة محلا للطلاق وقت حصول الشئ المعلق عليه فان لم تكن كذلك لم يقع الطلاق بعد حصول الشئ المعلق عليه لأنها تكون أجنبية عن الزوج فى هذا الوقت فمثلا لو قال الزوج لزوجته ان دخلت دار فلانة فأنت طالق ثم بعد ذلك طلقها

طلاقا منجزا وبعد انتهاء عدتها من هذا الطلاق المنجز دخلت دار فلانة هذه فأن الطلاق لا يقع بهذا الدخول لأنها صارت أجنبية عن المطلق وقت هذا الدخول وطلاق الأجنبية لا يقع .

ومما تجدر الأشارة إليه ونحن بصدد الكلام فى الطلاق المعلق أن الزوج قد يحلف ايمان الطلاق ويقصد بها تقوية عزيمته وتأكيد ارادته وحمل نفسه على فعل أمر معين أو الامتناع عنه كقول الزوج : على الطلاق لا سافرن القاهرة أو كقوله : على الطلاق لاكفن عن شرب الدخان .

وقد يحلف الزوج ايمان الطلاق ويريد بها حمل السامع على تصديقه فيما يدعيه كقوله على الطلاق ما أفسدت زرعك مثلا أو على الطلاق ما سببتك بهذا السباب . وقد يحلف الزوج ايمان الطلاق ويريد بها حمل زوجته على فعل شئ أو الامتناع عنه كأن يقول لها مهددا ومخوفا على الطلاق ان كلمت فلانة أو على الطلاق أن تزورى أختى .

فما حكم هذه الايمان : هل يقع الطلاق أم لا ؟ وبعبارة أخرى : هل تدخل هذه الايمان فى تعليق الطلاق على شئ معين فتأخذ حكم الطلاق المعلق أم لا ؟ .

اختلف الفقهاء فى حكم هذه الايمان فى وقوع الطلاق بها وعدم وقوعه فذهب بعضهم إلى عدم وقوع الطلاق بها متى كان المراد منها حمل الشخص على فعل الشئ أو الامتناع عن فعله فقط أو كان المقصود منها حمل الشخص على فعل الشئ أو الأمتناع عن فعله فقط أو كان المقصود

منها حمل الشخص على تصديق المخالف فيما يدعيه وعليه فأن هذه الايمان لا تدخل فى الطلاق المعلق ولا تأخذ حكمه وهو وقوع الطلاق بها متى وجد الشئ المعلق عليه الطلاق ولا تدخل فى الايمان الحقيقية ولا تأخذ حكمها فيقع بها الطلاق إذا حنث الحالف فى يمينه .

وذهب البعض الآخر منهم إلى وقوع الطلاق بها معلقا أى سواء أكان المراد منها ما تقدم أم لا وعليه فان هذه الايمان بعضها يكون من قبيل الطلاق المعلق على الشرط فيقع بها الطلاق عند حصول الشرط المعلق عليه الطلاق وبعضها الآخر يكون من قبيل الايمان الحقيقية فيقع به الطلاق إذا حنث الحالف فيه أى إذا لم يفعل المحلوف عليه .

وقد بسط كل فريق رأيه وأدلته عليه ورد كل فريق على أدلة الفريق الآخر مما لا يتسع المقام هنا لذكره .

وقد كان المعمول به فى المحاكم الشرعية هو رأى الفريق الثانى الذى يرى وقوع الطلاق بهذا الايمان حسبما تقدم حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأخذ برأى الفريق الأول الذى لا يرى وقوع الطلاق بهذه الايمان ما دام الحالف بها لا يقصد منها الطلاق . وانما يقصد بها حمل نفسه على فعل شئ أو امتناعه عن فعله أو تخويف المرأة .

وتهديدها أو حمل شخص آخر على تصديقه فيما يدعيه وقد نص هذا القانون على هذا فى المادة الثانية منه فقد جاء فيها (لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه لا غير) .

ويمكن التعرف على أن الزوج قصد بهذه الايمان الطلاق أو قصد بها حمل نفسه على فعل شئ أو الامتناع عنه أو تخويف الزوجة وتهديدها أو حمل الغير على تصديقه فيما حلف عليه من الأمور المصاحبة لهذا الحلف أو حالة الحالف نفسه أو طبيعة الأمر المحلوف عليه أو غير ذلك من الأمور .

أما الطلاق المضاف : فهو الذى اخر الزوج فيه ترتيب آثاره عليه إلى زمن مستقبل كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق أول الشهر الفلانى أو بعد ثلاثة أيام مثلا . وحكم الطلاق المضاف أنه ينشأ فى الحال لكن آثاره لا تترتب عليه الا بعد مجيئ الزمن المضاف إليه فإذا جاء هذا الزمن فرق بين الزوج وزوجته ويشترط لوقوع الطلاق المضاف شرطان :

(١) أن تكون المرأة وقت صدور الطلاق المضاف محلا للطلاق بأن تكون زوجة أو تكون فى عدة طلاق دون الثلاث والا لم يقع هذا الطلاق لأنها تكون أجنبية عن المطلق وطلاق الاجنبيات لا يقع .

(٢) أن تكون المرأة وقت مجيئ الزمن المضاف إليه الطلاق محلا للطلاق والا لم يقع الطلاق المضاف لأنها تكون أجنبية عن المطلق فمثلا لو قال رجل لزوجته أنت طالق أول السنة الفلانية ثم طلقها طلاقا منجزا وانتهت عدتها قبل مجيئ السنة الفلانية لم يقع الطلاق عند مجيئ هذه السنة لأن المرأة عند مجيئها لم تكن محلا للطلاق حيث أنها صارت أجنبية عن المطلق بالطلاق المنجز بانقضاء عدتها منه .

المبحث الرابع

الطلاق الرجعى والطلاق البائن

فى هذا المبحث نتكلم بإيجاز عن الطلاق الرجعى من حيث معناه وشروطه وحكمه والرجعة وكيف تتم بعد ذلك أتكلم بإيجاز أيضا عن الطلاق البائن وأنواعه وحكمه وسأقسم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول فى الأول منهما الطلاق الرجعى والرجعة وفى الثانى أتناول الطلاق البائن .

المطلب الأول

الطلاق الرجعي والرجعـــــــــة

الطلاق الرجعي : هو الذى يملك المطلق بعده مراجعة المطلقة البكــر دون توقف على رضاها ودون توقف على عقد ومهر جديدين ما دامت فــى العدة ولا يكون الطلاق رجعيا فى المعنى الا إذا توافر عدة شروط :

١ ــ أن تكون الزوجة مدخولا بها دخولا حقيقيا فــأن كانــت غيــر مدخول بها أصلا ثم طلقها الزوج كان الطلاق بائنــا لا رجعيــا كذلك لا يكون الطلاق رجعيا بل يكون بائنا إذا كانــت الزوجــة مدخولا بها دخولا حكميا وهى الخلوة بالمعقود عليها فإذا قــال الزوج لزوجته أنت طالق وكان ذلك بعد الدخول بها كان الطلاق رجعيا أما إذا كان لم يدخل بها فان الطلاق يكون بائنا ولو كان ذلك بعد الخلوة بها .

٢ ــ أن لا يكون الطلاق على مال فلو طلق الزوج زوجته التى دخل بها مقابل مبلغ من المال تعطيه له كان الطلاق بائنا لا رجعيــا فإذا قال لها إذا دفعت لى ألف جنيه فأنت طالق فدفعت له المرأة طلقت منه طلاقا بائنا . وانما كان الطلاق على مال طلاقا بائنا لأن الزوجة انما قصدت باعطاء الزوج هذا المال زوال سلطانه، واسقاط حقه فى مراجعتها بدون رضاها ، فلو كان الطلاق فى

هذه الحالة رجعيا لما زال سلطان الرجل عليها ولكان من حقه مراجعتها ولو رفضت هذه المراجعة .

٣ ـ أن لا يكون الطلاق مكملا للثلاث فأن كان مكملا للثلاثة كان بائنا لا رجعيا مثال ذلك أن يطلق الزوج زوجته طلقة بعد أن كان قد طلقها طلقتين أو يكون الطلاق موصوفا بوصف الشدة أو وصف البينونة كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق طلقة شديدةأو طويلة أو أنت مطلقة أشد الطلاق أو أن يقول لها أنت طالق بتاتا أو طلاقا بائنا فالطلاق فى كل ما تقدم يكون بائنا لا رجعيا أما إذا وصف الطلاق بوصف الخفة كأن يقول لها أنت طالق طلقة خفيفة أو أنت طالق أخف الطلاق ولم يوصف بشئ من هذا كله كقوله أنت طالق كان الطلاق رجعيا لا بائنا وكل متقدم من أحكام فى الطلاق الموصوف بوصف الشدة هو رأى جمهور الفقهاء أما غير الجمهور من الفقهاء فيرى أن الطلاق الموصوف بوصف الشدة يقع رجعيا لا بائنا .

وقد كان المعمول به قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو رأى جمهور الفقهاء وبعد صدور هذا القانون عمل برأى غير الجمهور حيث اعتبر هذا القانون كل طلاق يقع رجعيا سواء وصف بوصف الشدة أو وصف بوصف الخفة أم شبه

بشئ يدل على العظم أو الصغر فقد نص فى المادة الخامسة منه على أن :

" كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والذى نص على كونه بائنا فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ليس منه الطلاق الموصوف بوصف الشدة وعلى هذا لا يكون عدم وصف الطلاق بوصف الشدة شرطا فى كون الطلاق رجعيا .

٤ ـ أن يكون الطلاق غير مقرون بعدد الثلاث نصا أو اشارة فان قرن بعدد الثلاث نصا كأن قال الزوج لزوجته أنت طالق ثلاثا وقع الطلاق بائنا لا رجعيا كذلك يقع الطلاق بائنا إذا قرن بعدد الثلاث اشارة كأن قال الزوج لزوجته أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاثة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذهب بعض الفقهاء إلى أن الطلاق المقرون بعدد الثلاث نصا أو اشارة يكون طلاقا رجعيا لا بائنا لأنه يقع طلقة واحدة فقط .

وقد كان العمل جاريا فى المحاكم على أن الطلاق المقترن بعدد الثلاث نصا أو اشارة يقع بائنا كما هو رأى جمهور الفقهاء حتى صدور المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فأعتبر الطلاق المقترن بعدد الثلاث نصا أو اشارة طلاقا رجعيا أخذا برأى البعض الآخر من الفقهاء وقد نص فى المادة

الثالثة منه(على أن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة). وعليه فانه لا يكون عدم اقتران الطلاق بعدد الثلاث نصا أو اشارة شرطا فى الطلاق الرجعى فى حكم هذا القانون .

وبناء على كل ما تقدم فان الطلاق يكون رجعيا طبقا للقانون المطبق حاليا فى المحاكم الشرعية إذا توافرت فيه شروط أربعة فقط :

(١) أن تكون الزوجة مدخولا بها دخولا حقيقيا .

(٢) ألا يكون الطلاق على مال تعطيه الزوجة للزوج .

(٣) ألا يكون الطلاق مكملا للثلاث .

(٤) ألا يكون الطلاق قد حدث بتفريق القاضى بين الزوجين بسبب عيوب الرجل أو بسبب الاضرار بالزوجة والشقاق بينها وبين الزوج أو بسبب غيبة الزوج أو حبسه .

وتظهر هذه الشروط واضحة من نص المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والذى يقول (كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠م) .

ويلاحظ أن الطلاق الرجعى كما يقع بصريح الطلاق وهو اللفظ المأخوذ من مادة (طلق) أو (طلاق) كقول الزوج لزوجته : أنت طالق أو أنت مطلقة يقع أيضا بكناياته وتلك الالفاظ التى تحتمل الطلاق وغيره لكنه لا يقع الطلاق الرجعى بها الا إذا نواه المتلفظ بها فإذا قال لزوجته : أنت مسرحة

أو خلية أو فارقيني أو ابتعدى عنى وقال نويت بذلك الطلاق وكانت الزوجة مدخولا بها وقع الطلاق رجعيا إذا لم يكن الزوج قد طلقها قبل ذلك طلقتين ولم يكن قال لها هذا القول مقابل مبلغ من المال تعطيه له ولم يكن قد نوى الطلاق الثلاث بهذه الالفاظ كما هو رأى جمهور الفقهاء ذلك أن الجمهور يرى أن الزوج إذا نوى الطلاق الثلاث عند تلفظه بلفظ من ألفاظ الكناية المتقدمة وما ماثلها يقع الطلاق ثلاثا بها إذا كان لفظ الكناية يحتمله وقد جرى العمل فى المحاكم الشرعية قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على رأى جمهور الفقهاء ولما صدر هذا القانون عدل عن الآخذ بهذا الرأى واعتبر الطلاق الواقع بالكناية طلاقا رجعيا ولو نوى الزوج بلفظ الكناية طلاقا بائنا فقد نص هذا القانون فى المادة الخامسة منه على أن (كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فهذا النص يفيد أن الطلاق بألفاظ الكناية يقع رجعيا إذا لم يكن قبل الدخول ولا فى مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ولا مكملا للثلاث).

حكم الطلاق الرجعى :

إذا وقع الطلاق وكان رجعيا سواء أكان بصريح الطلاق أو بكناياته سواء أكان واحدة أو اثنتين ترتب عليه حكمه وهو أنه لا يزيل الملك ولا الحل وتظل العلاقة قائمة بين الزوجين حكما وكل الآثار التى تترتب عليه تنحصر فى نقص الطلقات الثلاث التى يملكها الزوج على زوجته فإذا طلقها

طلقة واحدة كان له عليها طلقتان وإذا طلقها طلقتين كان له عليهـا طلقـة واحدة فقط وبناء على ذلك فإن الطلاق الرجعى تترتب عليه الأحكام الآتية :

(١) يحل للزوج المطلق مراجعة زوجته ما دامت فى العدة من غير عقد جديد سواء رضيت بهذه المراجعة أم لم ترض لأنهـا مـا زالت زوجته كما تقدم .

(٢) لا يحل بالطلاق الرجعى مؤخر الصداق ما دامت المطلقة فـى العدة فإذا انقضت عدتها بانت منه وحل لها مؤخر الصداق .

(٣) إذا مات المطلق ورثته المطلقة ما دامت فى العدة ويرثهـا إذا ماتت فى العدة كذلك سواء أكان الطلاق برضاها أم كان بغيـر رضاها وسواء أكان هذا الطلاق فى حال الصحة أم كـان فـى حال المرض .

(٤) يمكن للزوج أن يوقع على المطلقة رجعيا طلاقا آخر ما دامت فى العدة سواء أكان رجعيا أم كان بائنا .

<u>الرجعة وكيف تتم :</u>

الرجعة كما عرفها بعض الفقهاء:" هى استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال بفسخ السبب المنعقد لزوال الملك " ـ فالرجعـة بنـاء علـى هـذا استدامة لعقد الزواج القائم بين الزوجين قبل الطلاق وليسـت عقـد زواج جديد ولهذا لم يتطلب فيها رضاء الزوجة فلو كانت عقدا جديـدا لتوقفـت صحتها على رضاء الزوجة شأنها فى ذلك شأن كل العقود .

ما تتم به الرجعة :

الرجعة تتم بالمراجعة كأن يقول المطلق رجعيا لمطلقته راجعتك أو يقول وهو بعيد عنها راجعت زوجتى .

وكما تكون الرجعة بالقول تكون بالفعل عند جمهور الفقهاء ويقصد بالفعل الذى تتم به المراجعة ذلك الفعل الذى يوجب حرمة المصاهرة كالجماع ومقدماته كالنظر واللمس بشهوة غير أنه إذا تمت المراجعة بفعل من الأفعال المتقدمة أو غيرها استحب للزوج أن يعلن الزوجة بالمراجعة حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء عدتها اعتقادا منها أنها بانت منه .

وذهب الشافعية والظاهرية إلى أن الرجعة لا تكون معتبرة الا إذا تمت بالقول فهى عندهم لا تتم بالفعل كالجماع ومقدماته حتى لو نوى بها الرجعة وعليه فهى عند الشافعية تعد انشاء للزواج من بعض الوجوه .

شروط صحة الرجعة :

يشترط لصحة الرجعة سواء تمت بالقول أم تمت بالفعل عند فقهاء الحنفية شرطان :

(١) أن تكون العدة قائمة لم تنته بعد فإذا لم تكن العدة قائمة بأن كانت قد انتهت فلا تصح الرجعة لأن المطلقة تكون قد بانت من المطلق بانتهاء العدة فلا يملك مراجعتها لأن الرجعة استدامة للعقد القائم بين الزوجين وليست عقدا جديدا وهذا العقد قد

انتهى بانتهاء العدة فلا ترجع إليه المطلقة الا بعقد ومهر جديدين بعد رضائها به .

(٢) أن تكون الرجعة منجزة أى فى الحال ولهذا إذا علقت الرجعة على شرط وأضيفت إلى زمن مستقبل فلا تكون صحيحة ولا يترتب عليها آثارها والعيب فى هذا أن تعليق الرجعة على شرط أو اضافتها إلى زمن مستقبل معناه استبقاء : الطلاق إلى غاية وهى حصول الشرط ان علقت الرجعة عليه أو مجيئ الزمن المضافة إليه الرجعة وفى هذا تأييد للطلاق وتأكيد له لا فسخا له وابطاله كما هو المقصود من الرجعة .

إذا اختلف الزوج مع مطلقته فى الرجعة كأن ادعى الزوج حدوث الرجعة وأنكرتها هى فالقول المعتبر قول الزوج ان كانت العدة ما زالت باقية وانما كان القول المعتبر قول الزوج فى هذه الحالة لأنه يملك الرجعة فى حالة انكارها بسبب بقاء العدة فلا جدوى حينئذ من وراء انكارها وان كانت العدة قد إنتهت فالقول قول الزوج أيضا ان أتى بما يثبت دعواه فان عجز عن الاثبات بما يثبت دعواه المراجعة فى العدة فالقول قول المطلقة بلا يمين عند الامام أبى حنيفة وعند محمد وأبى يوسف القول قولها مع حلف اليمين .

وإذا اتفق الزوج ومطلقته على حدوث الرجعة بالفعل لكنهما اختلفا فى حدوثها فى العدة فأدعى الزوج حدوثها فى العدة وأدعت هى العكس فالقول قول المطلقة بشرط حلف اليمين .

المطلب الثانى

الطـــلاق البائـــن

الطلاق البائن :

هو الذى لا يملك الزوج بعده مراجعة مطلقته إليــه ألا بعقـد ومهـر جديدين بعد رضائها به أو بعقد جديد ومهر إذا رغبت فيـه بعـد أن تـنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها بـالطلاق أو بالموت وتقضى عدتها .

أنواع الطلاق البائن :

من التعريف المتقدم للطلاق البائن نرى أنه يتنوع إلى نوعين :

(١) طلاق بائن بينونة كبرى وهو ذلك الطلاق الذى لا يملك الزوج بعده مراجعة مطلقته الا بعقد ومهر جديدين بعد أن تتزوج رجلا غيره زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها هـذا الزوج الجديد أو يموت عنها وتنتهى عدة الطلاق أو الوفاة .

(٢) طلاق بائن بينونة صغرى وهو ذلك الطـلاق الـذى لا يملـك الزوج بعده مراجعة مطلقته الا بعقد ومهر جديدين .

ويكون الطلاق بائنا فى الأحوال الآتية :

(١) إذا كان الطلاق قبل الدخول الحقيقى وانما كان الطـلاق قبـل الدخول بائنا لان الطلاق الرجعى انما يكون فى العدة والمطلقة قبل الدخول لا عدة لها فلا يكون طلاقها الا بائنا .

(٢) إذا كان الطلاق فى مقابلة مبلغ من المـال تدفعـه الزوجـة لزوجها. وانما كان الطلاق على مال بائنـا؛ لان الزوجـة مـا أعطته هذا المال الا لتزيل سلطاته عليها وتملك العصمة بيدها فلو كان الطلاق على مال رجعيا ما تحقق الغرض الذى أعطت المال للزوج من أجل تحقيقه .

(٣) إذا كان الطلاق مكملا للثلاث كأن طلقها مرة وكان قد طلقهـا قبل ذلك مرتين فتكون الطلقة الأخيرة مكملة للثلاثـة فيكـون الطلاق بائنا بينونة كبرى.

وهذه الأحوال المتقدمة للطلاق البـائن اتفـق عليهـا الفقـه والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فقد نص هذا القانون فى المادة الخامسة منه على أن " كل الطلاق يقع رجعيـا الا المكمـل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال " .

(٤) إذا كان لفظ الطلاق مقرونا بعـدد الـثلاث لفظـا أواشـارة. والطلاق بعدد الثلاث نصا أو اشارة طلاق بائن بينونة كبـرى عند جمهور الفقهاء وطلاق واحد رجعى عند قلة منهم وبرأى هذه القلة أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حيث نـص فـى المادة الثالثة منه على أن :

(الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة) .

(٥) إذا كان لفظ الطلاق موصوفا بوصف الشدة أو القوة أو وصف البينونة كقول الزوج لزوجته : أنت طالق أشد الطلاق أو طالق طلاقا بائنا والطلاق الموصوف بوصف الشدة طلاق بائن عند جمهور الفقهاء ورجعى عند فريق منهم وبرأى هذا الفريق أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. وكان العمل قبل صدوره يسير على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

(٦) إذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكناية التى تفيد معنى الشدة أو قطع الصلة بين الزوجين تماما على رأى جمهور الفقهاء ورأى البعض منهم أن جميع ألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق ألا رجعيا إذا نواه المتلفظ بها وبرأى هذا البعض أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هذا ويعد من باب الطلاق البائن فى كل من الفقه والقانون تفريق القاضى بين الزوجين بسبب الاضرار بالزوجة واستحكام الشقاق بينهما وتفريقه بينهما بسبب غيبة الزوج أو حبسه وتفريقه بينهما بسبب العيب الخاصة بالزوج - كالجنون والجزام والبرص والعته والخصاء فقد جاء فى المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (كل الطلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون).

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والذى نص على كونه طلاقا بائنا فى هذا القانون هو تفريق القاضى بين الزوجين بسبب الشقاق بينهما أو بسبب غيبة الزوج أو حبسه .

فقد نص هذا القانون على التفريق بسبب الشقاق والضرر فى المادة السادسة منه فقد جاء فيها (إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ونص على التفريق بين الزوجين بسبب الغيبة فى المادة ١٢ منه فقد جاء فيها (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز للزوجة أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ونص على التفريق بينهما بسبب حبس الزوج فى المادة ١٤ منه فقد جاء فيها (الزوجة المحبوس زوجها والمحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية هذه ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه) أما ما نص على كونه بائنا فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فهو تفريق القاضى بين الزوجين بسبب العيوب الخاصة بالزوج كالجنون والجزام والبرص وقد أورد هذا القانون هذا فى المادة التاسعة والعاشرة منه) .

أحكام الطلاق البائن :

عرفنا أن الطلاق البائن نوعان :

(١) بائن بينونة صغرى (٢) بائن بينونة كبرى

وكل من هذين النوعين يزيل ملك الاستمتاع الثابت للزوج بعقد الزواج ويزيد النوع الثانى وهو البائن بينونة كبرى على هذا أنه يرفع حل المطلقة فلا تحل له الا بعقد ومهر جديدين بعد أن تتزوج بغيره زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهى عدتها .

ويمكن حصر أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يأتى :

(١) لا يملك المطلق طلاقا بائنا بينونة صغرى اعادة مطلقته إليه الا برضاها وبعقد ومهر جديدين .

(٢) إذا مات المطلق أو المطلقة بائنا قبل انتهاء العدة لا يرث الحى منهما الميت لعدم تحقق سبب الارث فيهما وهو قيام الزوجية حقيقة أو حكما بينهما ذلك أن البينونة كما قلنا تزيل الملك الثابت بالزواج. وهذا بخلاف الطلاق الرجعى كما تقدم،غير أنه إذا ثبت أن الطلاق البائن انما كان فرارا من الارث فيعامل الفار منهما بنقيض قصده ويرث الآخر فى تركته .

(٣) يحق للمطلقة بائنا المطالبة بمؤخر الصداق بمجرد وقوع الطلاق دون انتظار لانتهاء مدة العدة .

كذلك يمكن حصر أحكام الطلاق البائن بينونة كبرى فيما يأتى :

(١) ليس من حق المطلق طلاقا بائنا بينونة كبرى اعادة مطلقته إليه الا برضاها بعد أن تتزوج غيره زواجا صحيحا ويدخل بها هذا الغير دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهى عدتها .

(٢) ليس من حق المطلق فى هذه الحالة توقيع طلاق آخر على مطلقته سواء كان ذلك فى العدة أم كان بعد انتهائها لانها صارت أجنبية عنه بمجرد طلاقها طلاقا بائنا بينونة كبرى وطلاق الأجنبية لا يقع .

(٣) إذا مات المطلق او المطلقة فى هذه الحالة قبل انقضاء العدة فلا يرث أحدهما الآخر لعدم تحقق سبب الارث فيهما وهو قيام الزوجية بينهما حقيقة أو حكما لان الطلاق البائن بنوعيه يزيل هذه الزوجية اللهم الا إذا كان الطلاق فرارا من الارث فيعامل الفار منهما بنقيض قصده ويرث الآخر فى تركته .

(٤) يحق للمطلقة ثلاثا طلاقا بائنا بينونة كبرى المطالبة بمؤخر الصداق بمجرد وقوع هذا الطلاق دون انتظار لانقضاء العدة .

ويلاحظ أن الفقهاء، على أن المطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى عند عودتها إلى المطلق بعد أن تنكح زوجا غيره بالشروط المتقدمة، تعود إليه بحل جديد، كمن تزوج لأول مرة فيكون له عليها ثلاث طلقات ؛ لأن الزواج

الذى تم بينها وبين الزوج الآخر هدم الطلاق الذى ترتب علـى زواجهـا بالزوج الأول أما المطلقة طلاقا بائنا بينونة صغرى إذا عادت إلى زوجهـا الذى طلقها بمهر وعقد جديدين فيرى الامام أبو حنيفة وأبـو يوسـف أن الزوج يكون له عليها ثلاث تطليقات كطلاقها بائنا بينونة كبرى بعد عودتها إلى المطلق ثلاثا لأن الزواج الثانى يهدم ما ترتب على الـزواج الأول مـن طلاق ويرى الأمام محمد بن الحسن أن الزواج الثانى بعد الطـلاق البـائن بينونة صغرى لا يهدم ما وقع من الطلاق أثناء الزواج الأول وعليه فانـه إذا كان طلقها طلقة واحدة بقى له عليها بعد العقد الثانى طلقتان وإذا كـان طلقها مرتين بقى له عليها بعد العقد الثانى طلقة واحدة فقط . هذا والراجح فى المذهب هو ما ذهب إليه الشيخان .

المبحث الخامس

الطلاق الثلاث وزواج التحليل

الطلاق الثلاث :

هو ذلك الطلاق المقترن بعدد الثلاث نصا أو اشـــارة كقـــول الـــزوج لزوجته أنت طالق ثلاثا أو أن يقول فى غيبتها زوجتى طالق ثلاثا أو مطلقة ثلاثا أو أن يقول امرأتى طالق ويشير بأصابعه الثلاثة .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم الطلاق الثلاث فى كلمة واحـــدة أو فـــى كلمات فى نفس واحد فمذهب جمهور الصحابة والتابعين وأئمـــة المـــذاهب الأسلامية من بعدهم إلى أن هذا الطلاق يقع ثلاثا فتبين به المـــرأة بينونـــة كبرى مستدلين على مذهبهم هذا بما روى أن عبد الله بن عمر رضـــى الله عنهما طلق امرأته تطليقة وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرئين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر مـــا هكذا أمرك الله تعالى أنك قد أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء وقال ابن عمر فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فراجعتها ثم قال صلى الله عليه وسلم إذا هى طهرت فطلق بعد ذلك أو أمسك فقلـــت يـــا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن اراجعها . قال : لا كانـــت تبين منك ، وتكون معصية . ووجه الاستدلال بهذا الحديث ان ابن عمر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حكم الطلاق الثلاث حينما قـــال لـــه : أرأيت لو طلقتها ثلاثا أكان يحل لى أن أراجعها ؟ .

فأجابه الرسول بأنها لا تحل له لأنها تطلق منه طلاقا بائنـا بينونـة كبرى ذلك أن الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل حل استمتاع المطلق بمطلقته مرة أخرى الا بعد أن تنكح زوجا غيره بالشروط المتقدمة فتكون دلالة هذا الحديث واضحة على أن الطلاق الثلاث فى نفس واحد يقع ثلاثا وأسـتدلوا أيضا على هذا بأدلة أخرى كثيرة لا يتسع المقام لذكرها فى هـذا العـرض الموجز .

وذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى أن الطلاق المقترن بعدد الثلاث نصا أو اشارة أو الطلاق ثلاث مرات فى نفس واحد بدون فاصل لا يقع الا طلقة واحدة رجعية .

وقد استدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى : الطلاق مرتان الخ " فأمساك بمعروف أو تسريح باحسان " حيث قالوا أن الطلقتين اللتين تعدان على الزوج هما اللتان تقعان فى مرتين مرة بعد مرة فإذا وقعتا مرة واحدة عدتا واحدة رجعية فقط لا طلقتين .

كما استدلوا على مذهبهم هذا بما روى أنه كان الطلاق علـى عهـد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمـر طـلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب ان الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه اناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم فهذا الأثر يفيد أن الطلاق الثلاث كان يعد طلقة واحدة منذ عهده عليه الصلاة والسلام حتى خلافة عمر بـن

الخطاب رضى الله عنه بل بعد سنتين من خلافته وان الذى حكم بأن الطلاق الثلاث يقع ثلاثا هو عمر رضى الله عنه .

هذا وقد رد جمهور الفقهاء على أدلة هؤلاء بردود لا يتسع المقام هنا لذكرها . وقد كان العمل فى المحاكم الشرعية يسير على رأى جمهور الفقهاء وهو وقوع الطلاق المقترن بعدد الثلاث لفظا أو اشارة ثلاثا حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وقد أخذ هذا القانون برأى ابن تيمية ومن تبعه من الفقهاء حيث نصت المادة الثالثة منه على أن (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة) .

<u>زواج التحليل :</u>

زواج التحليل هو ذلك الزواج الذى يتم بين المطلقة ثلاثا وبين شخص آخر غير الذى طلقها بقصد التحليل لهذه المطلقة لمن طلقها ثلاثا حيث يقوم هذا الشخص بطلاقها بعد الزواج لكى يعقد عليها من طلقها ثلاثا بعد انتهاء عدتها عقدا جديدا . ويسمى المطلق ثلاثا فى هذه الحالة محللا له ويسمى المطلق الثانى محللا . ويسمى الزواج بزواج التحليل . والظاهر من نكاح التحليل أنه بمثابة حيلة يحتال بها المحلل له أو المطلق . والمرأة على ما أوجبه الشرع لكى تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها وهو زواجها بآخر زواجا صحيحا ودخوله بها دخولا حقيقيا وطلاقها منه أو موته عنها وانتهاء عدتها .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم زواج التحليل فذهب جمهورهم إلى أنـــه زواج باطل ولا يحل المطلقة ثلاثا لمن طلقها بحال من الأحوال وهو حــرام شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام (الا أخبركم بالتيس المستعار) ؟ لعن الله المحلل والمحلل له .

وذهب الأمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أنه إذا شرط التحليل فــى هذا الزواج أثناء العقد كأن قال لها الزوج الثانى تزوجتك لكى تحلى لزوجك الأول أو قالت هى له تزوجتك لكى أكون حلالا لزوجى الأول كره هذا كراهة تحريم لقوله عليه الصلاة والسلام (لعن الله المحلل والمحلل له) غيــر أن عقد الزواج مع هذا يكون صحيحا لان عقد الزواج لا تبطله الشروط الفاسدة فتحل المطلقة ثلاثا بهذا الزواج للزوج الأول رغم كونه مكروها كراه تحريم.

وذهب الأمام محمد بن الحسن إلى أن هذا الزواج إذا شرط فيه التحليل يكــون صــحيحا لكنــه لا يحــل المطلقــة ثلاثــا لمــن طلقهــا . وذهب أبو يوسف إلى أن هذا الزواج إذا شرط فيه التحليل يكون فاسدا لأنه زواج مؤقت والزواج يشترط لصحته ان يكون على سبيل الدوام والأستمرار وعليه فان المطلقة ثلاثا لا تحل للأول بهذا الزواج . أما إذا لم يشترط فــى هذا الزواج التحليل أثناء العقد فان فقهاء الحنفية قد اتفقوا جميعــا علــى صحته وتحليل المطلقة ثلاثا لمن طلقها وعدم كراهيته ولو كان المقصود به التحليل . هذا والذى يترجح هو مذهب جمهور الفقهاء وهــو حرمــة هــذا الزواج وبطلانه وعدم تحليل المطلقة ثلاثا به لمن طلقها .

الفصل الرابع

تفويض الطلاق وتوكيل الغير فيه

الطلاق حق خالص للزوج له أن يوقعه بنفسه ولـه أن يسـند أمـره بايقاعه إلى غيره شأنه فى ذلك شأن كل الحقوق الخاصة فإذا اسند الـزوج أمر ايقاع الطلاق إلى غيره فأما أن يكون هذا الغير هو الزوجـة وأمـا أن يكون أجنبيا فإذا اسند أمر الطلاق إلى الزوجة كان تفويضا لهـا فيـه وإذا أسند إلى أجنبى كان توكيلا له فيه أو تفويضا حسب الصيغة التى أسند بها الطلاق إليه .

وتفويض الطلاق : هو تمليك الزوج غيره حق تطليق زوجته هـذا إذا كان التفويض لأجنبى أما إذا كان التفويض للزوجة نفسها فأنه يكون تمليك الزوجة حق تطليق نفسها .

أما توكيل الغير فى الطلاق : فهـو انابة الزوج غيـره فـى تطليـق زوجته .

والفرق بين التوكيل والتفويض يظهر فى الآتى :

(١) يتوقف تمام التوكيل على قبول الوكيل اما التفويض فلا يتوقف على قبول المفوض ذلك أن تفويض الطلاق فى معنى الطـلاق المعلق غير أنه معلق على ارادة المفوض والطلاق المعلـق لا يتوقف تمامه على قبوله من أحد .

(٢) يحق للموكل الرجوع فى التوكيل ما دام الوكيل لم يفعل ما وكل بفعله أما المفوض وهو الزوج فليس من حقه الرجوع فى تفويضه لأن تفويضه الطلاق بمثابة انشاء طلاق معلق كما قلنا والطلاق المعلق لا يحق للزوج الرجوع عنه فكذا هذا .

(٣) يتحتم على الوكيل إذا قبل التوكيل أن ينفذ ما وكل فيه وفى تنفيذه لما وكل فيه يعمل فى الحدود التى رسمها له الموكل فى التوكيل فهو لهذا يعمل فى التصرف بمشيئة الموكل لا مشيئة نفسه أما المفوض فلا يتحتم عليه تنفيذ ما فوض فيه بل له أن ينفذ وله أن يمتنع عن التنفيذ فهو لهذا يعمل بمشيئة نفسه واختياره ـ فللمفوضة فى طلاق نفسها أن تطلق نفسها ولها أن لاتطلق أما الوكيل فى الطلاق فليس له الا أن يطلق والا لم يكن منفذا للتوكيل الذى قبله .

(٤) التفويض يتقيد بالمجلس الذى عقد فيه إذا لم يعين له وقتا أو لم يكن عاما فى جميع الأوقات فإذا فوض الزوج زوجته فى طلاق نفسها ولم يعين لها وقتا ، أو لم يعطها هذا التفويض فى جميع الأوقات فقامت من المجلس دون أن تطلق بطل التفويض أما التوكيل فلا يتقيد بالمجلس وللوكيل بالطلاق أن يطلق فى المجلس الذى حدث فيه التوكيل وبعده .

<u>(١) توكيل الغير فى الطلاق :</u>

إذا وكل الزوج غيره فى طلاق زوجته بأن قال له طلق امرأتى أو أنت وكيلى فى طلاق امرأتى أو وكلتك فى طلاق امرأتى وقبل هذا الغير التوكيل فلهذا الغير أن يطلق زوجة الموكل فى مجلس التوكيل وبعده وللزوج الموكل الرجوع عن التوكيل قبل طلاق الوكيل لكنه لوقال الزوج للغير طلق زوجتى ان شئت تقيد هذا الغير فى الطلاق بالمجلس الذى صدر فيه هذا القول فإن قام من المجلس دون أن يطلق فليس له الحق بعد ذلك لأن هذا تفويض لا توكيل ولهذا لا يمكن للزوج الرجوع فيه .

وتوكيل الغير فى الطلاق صحيح عند جمهور الفقهاء وذهب الظاهرية إلى بطلان التوكيل فى الطلاق محتجين لما ذهبوا إليه بأنه لم يأت قرآن ولا سنة يجوز طلاق أحد عن أحد و ما دام الأمر كذلك يكون توكيل الغير باطلا ثم ان الله تعالى فى كل موضع فى القرآن الكريم ذكر فيه الطلاق خاطب الأزواج ولم يخاطب غيرهم فيكون التوكيل فيه باطلا والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو صحة التوكيل فى الطلاق .

<u>(٢) تفويض الطلاق :</u>

إذا فوض الزوج أمر الطلاق إلى زوجته ثبت لها الحق فى تطليق نفسها منه دون توقف على قبولها لهذا التفويض وكذلك إذا فوض الزوج أمر الطلاق إلى أجنبى ثبت له الحق فى التطليق دون توقف على قبوله لهذا التفويض ولا يمكن للزوج الرجوع فى هذا التفويض بعد صدوره منه وتنفيذ

المفوض للطلاق سواء أكانت الزوجة أم كان أجنبيا يكون بالمجلس الـذى صدر فيه التفويض إذا لم يعين المفوض وقتا للتفويض ولم يعممه فى كـل الأوقات فإذا قام المفوض من المجلس ولم يطلق بطل التفويض غيـر أنـه يلاحظ أن المعتبر فى هذا هو مجلس المفوض (الزوجة أو الأجنبـى) .لا مجلس المفوض (الزوج) فتظل الزوجة أو الأجنبـى علـى حقهـا فـى التفويض ما داما فى المجلس الذى حدث فيه التفويض ولو قام الزوج مـن المجلس بشرط الا يحدث منهما ما يدل على الأعراض والا بطل حقهما فـى التفويض لأن الأعراض عن التفويض يقوم مقام القيام من المجلس الـذى صدر فيه التفويض .

وعند تفويض الزوج أمر الطلاق إلى الغير يملك هذا الغير الحق فـى التطليق سواء أكان هذا الغير زوجة أم أجنبيا لكن ليس معنى هذا أن ملكية الزوج حق الطلاق تزول بملكيتها للمفوض لأن تمليك المفوض لهذا الحـق ليس بطريق الكل وانما هو بطريق الاشتراك وعليه فلن الزوج يسـتطيع أن يستعمل حقه فى طلاق زوجته رغم قيام هذا التفويض .

نوع الطلاق الواقع بالتفويض :

يختلف نوع الطلاق الواقع بالتفويض عند فقهـاء الحنفيـة بحسـب الصيغة المستعملة فيه والصيغة المستعملة فى التفويض قد تكون من بـاب صريح الطلاق وقد تكون من باب كنايته فإذا كان من باب صـريح الطـلاق وقيدت بعدد وقع الطلاق بها حسب العدد المقيدة به الصيغة فإذا قال الزوج

لزوجته فوضتك فى طلاق نفسك طلقة واحدة أو أمرك بيــدك فــى تطليقــه واحدة أو اختارى لنفسك أى تطليقة فطلقت نفسها أو قالت اخترت نفسى أو قال لها اختارى لنفسك فقالت اخترت نفسى فى تطليقه أو قالت طلقت نفسى فأن الطلاق الواقع بالنفس فى كل ما تقدم يكون بطلقة واحدة رجعية ذلك أن الزوج لم يفوضها الا صريح الطلاق الذى يكون له حق مراجعتها بعده ولو قال لها : أمرك بيدك فى ثلاث تطليقات كان الطلاق الواقع بالتفويض ثلاثــا أما إذا كانت الصيغة المستعملة فيه من باب الكناية وكانت بلفــظ (أمــرك بيدك) أو لفظ (اختارى نفسك) كان الطلاق الواقع بالتفويض بائنا لا رجعة فيه لأن أمرها لا يكون بيده حقيقة و لا تكون قد اختارت نفسها حقيقــة الا إذا كان الطلاق بائنا أما لو كان رجعيا فلا يكون أمرها بيــدها لأن الــزوج يملك مراجعتها بدون رضاها .

ومذهب الحنفية هذا هو الذى كان معمولا به قبل صدور القانون رقــم ٣٠ لسنة ١٩٣٩ وبعد صدور هذا القانون جرت المحاكم الشــرعية علــى العمل بما أخذ به القانون وهو أن الطلاق الواقع بالتفويض لا يكون الا طلقة واحدة رجعية سواء أكانت صيغة التفويض من باب صريح الطلاق أم كانت من باب غيره وسواء أكانت الصيغة صريحة مقرونة بعدد الثلاث نصــا أو اشارة أم كانت مقرونة باثنين أو واحدة وسواء أكانت الكتابة بلفــظ أمــرك بيدك أو لفظ (اختارى نفسك) أم كانت بغيرهــا ثم أن القانون بعــد ذلــك اشترط نية الطلاق فى التفويض بصيغة الكتابة ولا تقوم مقام النية فى حكم

هذا القانون القرائن ودلالة الحال على ارادة الطلاق وقد وضح هذا مما نص عليه القانون فى المادة الثالثة والرابعة والخامسة فقد :

جاء فى المادة الرابعة " كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيره يقع بها الطلاق بالنية " وجاء فى المادة الخامسة " كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ " فما دام الطلاق الواقع بالتفويض ليس مكملا للثلاث ولا واقعا قبل الدخول ولا فى مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها فهو رجعى لا بائن .

الباب الثانى

التفريق بين الزوجين بسبب الضرر وعدم النفقة وغيبة الزوج أو حبسه

شرع الله تعالى الزواج عفة للنفس وحفظا للنسل وحتى لا تتسلط العواطف والاهواء عليه. جعل المشرع أمر أنهائه بيد أقوى الزوجين تحكما فى عواطفه وهو الرجل وتحقيقا للعدالة أعطت الشريعة الاسلامية الزوجة الحق فى طلب التطليق من زوجها إذا قصر فى النفقة عليها أو امتنع عن الانفاق عليها من غير حق أو اذا وجدت به عيبا من العيوب التى تمنع تحقيق الاغراض التى شرع الزواج من أجلها وتختل بها العشرة بينهما كالجب والخصاء والعنة وغيرها أو كان الزوج يؤذى زوجته ويضايقها بالضرب غير المشروع أو التقبيح والتهجين أو إذا غاب الزوج عنها غيبة طويلة أو حكم عليه بالحبس أو بالسجن مدة طويلة وخشيت على نفسها الوقوع فى الفاحشة بسبب الغيبة أو الحبس .

على أن الزوج يجب عليه شرعا فى هذه الأحوال أن يطلق زوجته من تلقاء نفسه والا كان ظالما فقد قال تعالى (امساك بمعروف أو تسريح بأحسان) وقال عز وجل (وعاشروهن بالمعروف) وإذا لم يفارقها من

تلقاء نفسه واستجابة لأمـــر الله تعالى فرق القاضى بينهما دفعـــا لظلمـــه ومنعا لجوره .

وفى هذا الباب نتناول بأيجاز التفريق بين الزوجين بســـبب الاعســـار بالنفقة أو الامتناع عنها بغير حق والتفريق بينهما بسبب العيوب الخاصـــة بالزوج والتفريق بينهما بسبب الضرر والتفريق بينهما بسبب غيبة الـــزوج أو حبسه وسأفرد كل مسألة من هذه المسائل بفصل خاص بها .

الفصل الأول

العجز عن النفقة أو الامتناع عنها بغير حق

كان المعمول به في المحاكم الشرعية قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ هو المذهب الحنفي الذى لا يجيز تطليق الزوجة على زوجها بسبب عجزه عن الانفاق عليها أو امتناعه عن الانفاق عليها بغير حق رغم قدرته على الانفاق عليها وانما يجيز هذا المذهب للزوجة فى حالة عجز الزوج عن الانفاق عليها أن تستدين عليه بأمر القاضى ما يكفى حوائجها وفى حالة الامتناع عن الانفاق عليها رغم قدرته على الانفاق يعزره القاضى بما يراه من أنواع التعزير ويحبسه حتى ينفق عليها .

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نص على اعطاء القاضى الحق فى التفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وامتناعه عن الانفاق عليها رغم قدرته على الانفاق . والتفريق بسبب العجز عن النفقة أو الامتناع عنها برغم القدرة عليها مأخوذ من المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفى .

فإذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته وهو حاضر فى البلد وله مال ظاهر أخذت النفقة من هذا المال ولا تطلق عليه الزوجة فأن لم يكن له مال ظاهر أو اصر على عدم الانفاق على زوجته دون أن يفصح عن أنه معسر أو موسر طلق القاضى عليه زوجته فى الحال إذا طلبت هذه الزوجة

الطلاق وأن أفصح عن أن سبب عدم انفاقه هو الاعسار ولم يثبت اعساره بالدليل طلق القاضى عليه زوجته فى الحال أيضا إذا طلبت الزوجة الطلاق .

وأن ادعى العجز بسبب الاعسار وأثبت هذا العجز الذى أدعاه امهله القاضى مدة لا تزيد على شهر فأن انتهت هذه المدة ولم ينفق على زوجته طلق القاضى عليه زوجنه إذا طلبت هى الطلاق وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على كل ما تقدم فى المادة الرابعة منه فقد جاء فيها (إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فأن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فأن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الانفاق طلق القاضى فى الحال وان أدعى العجز فإذا لم يثبته طلق عليه حالا وان أثبته امهله مدة لا تزيد على شهر فأن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك) . وإذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته وكان غائبا غيبة قريبة أو كان مسجونا وله مال ظاهر أخذت النفقة من هذا المال فأن لم يكن له مال ظاهر قطع القاضى عذره فى عدم الانفاق على زوجته بالارسال إليه يطلب منه الانفاق على زوجته وحدد له أجلا فأن أرسل ما تنفق منه الزوجة فى خلال الاجل المحدد أو حضر بنفسه للانفاق عليها قبل انتهاء هذا الاجل فلا حق للزوجة فى طلب الطلاق وإذا لم يرسل ما تنفق منه الزوجة أو لم يحضر للانفاق عليها قبل انقضاء الاجل المحدد له فى الاعذار طلق عليه القاضى إذا طلبت الزوجة الطلاق .

وإذا لم ينفق الزوج على زوجته وكان غائبا عن الزوجة غيبة بعيدة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المكان الذى يعيش فيه أو كان مفقودا وله مال ظاهر أخذت النفقة من هذا المال فأن لم يكن له مال تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى إذا طلبت الزوجة الطلاق وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . على حكم هذا فى المادة الخامسة منه فقد جاء فيها إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فأن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة وضرب له أجلا فأن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الاجل فأن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المكان أو كان مفقودا وثبت أنه لامال له تنفق منه زوجته طلق عليه القاضى وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة " ويلاحظ أن هذا القانون لم يحدد مدة لغيبة الزوج ولا مدة لحبسه أو سجنه بل جعل للقاضى حق تطليق الزوجة إذا طلبت الطلاق بعد الاعذار إلى الزوج وانتهاء المدة المحددة له إذا كان محل اقامته معروفا وعليه فان زوجة الغائب أو المسجون يحق لها طلب التطليق لعدم النفقة وعلى القاضى اجابة طلبها سواء أكانت مدة الغياب أو السجن طويلة أم كانت قصيرة .

نوع الطلاق الذى يوقعه القاضى لعدم النفقة :

الطلاق الحاصل من القاضى بناء على طلب الزوجة لعدم الانفاق عليها يكون طلاقا رجعيا مطلقا سواء كان عدم الانفاق لامتناع الزوج عن الانفاق بغير وجه حق رغم قدرته على الانفاق أم كان لعجزه عن الانفاق وسواء أكان الزوج حاضرا أم كان غائبا أم كان مسجونا ويترتب على كون هذا الطلاق رجعيا أنه يحق للزوج اعادة زوجته إليه سواء رضيت بذلك أم لا وذلك بشروط ثلاثة :

(١) أن يثبت الزوج أنه أيسر ويستطيع الانفاق على زوجته .

(٢) أن يظهر استعداده للانفاق عليها وأن يبرهن على هذا الأستعداد .

(٣) ألا تكون عدة المطلقة لعدم الانفاق عليها قد انتهت بعد .

فإذا لم يثبت يسار الزوج واستعداده للانفاق على زوجته أو ثبت يساره واستعداده للانفاق عليها بعد انتهاء العدة فلا يجوز له مراجعتها وإذا راجعها لا تصح مراجعته لها . وقد نصت على هذه الاحكام المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقد جاء فى هذه المادة " تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره واستعد للانفاق فى أثناء العدة فأن لم يثبت يساره ولم يستعد للانفاق لم تصح المراجعة .

الفصل الثانى

الشقاق بين الزوجين والتطليق للضرر

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته السادسة على أنه (إذا أدعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين على الوجه المبين فى المواد ١١، ١٠، ٩، ٨، ٧) وكان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ من قبل قد نص على جواز طلب التطليق المقرر للزوجة بسبب العيوب الخاصة بالزوج التى لا يمكن البرء منها أو يمكن البرء منها بعد زمن طويل كالجنون والبرص والجزام وذلك فى المادة ١١، ١٠، ٩ منه ثم نص فى المادة ١٤، ١٣، ١٢ منه على جواز طلب التطليق لتضرر الزوجة بسبب غيبة الزوج أو حبسه .

ومن مجموع ما تقدم ندرك أن المراد بالضرر المنصوص عليه فى المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شئ آخر غير الضرر الناشئ عن غيبة الزوج أو حبسه أو الناشئ عن العيوب الخاصة بالزوج ويتمثل هذا الشئ فى ايذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل كشتمها وتقبيحها وتهجينها وضربها ضربا غير مشروع كالاعراض عنها ومخاصمتها وهجرها فى المضجع أى مكان النوم بغير سبب فهذه الاشياء وما شابهها

تعد ايذاء للزوجة ووقوع أى منها يجوز للزوجة طلب الطلاق دفعا لضـــرر الزوج والتطليق بسبب الضرر الناتج عن الايذاء للزوجة مأخوذ من مذهب الامام مالك .

فإذا طلبت الزوجة التطليق بدعوى إيذاء الزوج لها وأثبتـت صـحة ماتدعيه حاول القاضى الإصلاح بينهما فأن عجز عـن الإصـلاح أجابهـا القاضى الى طلبها وفرق بينها وبين زوجها بطلقة بائنة .

فأن عجزت الزوجة عن إثبات دعوى أضرار الزوج بها رفض القاضى طلب التطليق المرفوع منها وإذا رفض القاضى طلب التطليق لعجز الزوجة عن إثبات دعواها وكررت دعوى الإضرار بها مع عجزها عن الاثبات بعث القاضى رجلين ليكونا حكمين بينها وبين زوجها أحدهما من أهـل الزوجـة والأخر من أهل الزوج أو من غير أهلهما ان لم يوجد فى أهلهما من تتوافر فيه الشروط المطلوبة فى الحكمين وعلى ضوء التقرير الـذى يجيـئ بـه الحكمان يكون حكم القاضى .

ويلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم ٤٤ لسنه ١٩٧٩م . المعدل لبعض الأحكام المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩م. لم يغير شيئا من الأحكام المتقدمة فى التطليق للضرر وبعث حكمين فى حالة تكرار الشكوى من الزوجة مع عجزها عن إثبات ماتدعيه من الضرر غيـر أن القانون الجديد قد نص صراحة على أن مجرد اقتران الزوج بزوجه ثانية بغير رضى الزوجة الاولى أو اخفائه على الزوجة الجديدة أنه متزوج بغيرها

يعد أضرارا بالزوجة الأولى يجيز لها طلب التطليق ولو لم تكن الأولى قد اشترطت فى عقد زواجها عدم الزواج عليها وضمانا لعلم الزوجة بقيام السبب الذى يجوز لها طلب التطليق وهو الزواج عليها أو إخفاء الزواج الأول عنها أوجب القانون على الرجل عند عقد زواجه أن يقدم اقرارا كتابيا للموثق يذكر فيه حالته الإجتماعية فاذا كان الرجل متزوجا فعليه أن يبين فى الاقرار أسم الزوجة أو الزوجات اللاتى فى عصمته وقت العقد الجديد ومحال أقامتهن وأوجب على الموثق أخطار أولئك الزوجات بالزواج الجديد بخطاب مسجل مع علم الوصول غير أن هذا القانون أسقط حق الزوجة الأولى فى طلب الطلاق بسبب الزواج عليها بمضى سنه من تاريخ علمها بالزواج الثانى كما أنه لم يجعل لها الحق فى طلب الطلاق فى هذه الحالة إذا كانت قد رضيت بالزواج عليها صراحة أو ضمنا وقد أورد القانون الجديد هذه الاحكام فى المادة ٦ مكررا . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون تبريرا لما جاء فى هذه المادة " لما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة اجتماعية فان المشرع رأى اعتبار الجمع من قبيل ايذاء الزوجة السابقة فأعطاها ــ الحق فى طلب التفريق ما لم ترض به كما أعطاها هذا الحق إذا أخفى الزوج عنها وقت الزواج أنه متزوج " ثم قالت المذكرة الايضاحية " وما اختاره المشرع يمتاز بأنه فى نطاق الشريعة ولا يخرج على أصولها وهو فى الوقت ذاته لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات الا برضا الزوجات أنفسهن ثم قالت المذكرة الايضاحية لهذا

القانون : ومستند هذا ما أوضحه ابن القيم تخريجا على قواعد الامام أحمد رحمه الله تعالى وقواعد الفقه عند أهل المدينة .

ومهما قيل فى تبرير جعل الزواج الثانى اضرارا بالزوجة يرخص لها فى طلب الطلاق من زوجها فانه لا ينهض حجة فى تبريره ذلك أن جعل مجرد الزواج الثانى اضرارا بالزوجة الأولى يجيز لها طلب الطلاق يعتبر مصادرة لحق الزوج فى تعدد الزوجات الثابت شرعا .

وحق الزوج فى تعدد الزوجات ثابت بصريح كتاب الله تعالى الذى يقول : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت ايمانكم ذلك أدنى ألا تعدلوا " .

فهذا النص صريح فى اعطاء الرجل الحق فى تعدد زوجاته بشرط العدل ـ بينهن فى المبيت والنفقة من مسكن وكسوة وطعام فاذا أعطينا الزوجة الحق فى طلب الطلاق لمجرد الزواج عليها لكان فى هذا تعطيل لحق الرجل فى تعدد الزوجات وبهذا نقع فى تناقض ذلك أننا نكون كمن يقول لآخر من حقك أن تفعل كذا فإذا فعل افسد عليه فعله وهذا لا يجوز والا صح فى هذا أن نقول : إذا ترتب على الزواج الثانى اضرار بالأولى بسبب عدم العدل بينهما فى النفقة أو المبيت أو اعراض الزوج عنها أو هجرها فى المضجع بلا سبب جاز لها أن تطلب الطلاق لهذا الضرر .

بعث الحكمين للاصلاح بين الزوجين:

قرر القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بعث الحكمين للاصلاح بين الزوجين فى حالة ما إذا تكرر رفض القاضى طلب الزوجة الطلاق بسبب عجزها عن اثبات الضرر الذى تدعيه ثم تكررت الشكوى منها مع عجزها كذلك عن اثبات الضرر .

ونظام بعث الحكمين للاصلاح بين الزوجين لم يأت به هذا القانون لأول مرة وانما كان موجودا ومعمولا به فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ غير أن القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ أدخل عليه بعض التعديلات كما سنرى . والأصل فى هذا النظام قول الله تعالى : " وان خفتم شقاق بينهما فأبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما " .

الشروط الواجب توافرها فى الحكمين :

(١) أن يكونا عدلين وهذا شرط بديهى لأن الحكم لا بد من عدالته .

(٢) أن يكونا من أهل الزوجين أن أمكن أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة فأن لم يكن فى أهل الزوجين من تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها فى الحكمين اختار القاضى حكمين من غير أهلهما .

(٣) أن يكون الحكمان ممن لهما خبرة بحال الزوجين وذلك يسهل عليهما مهمتهما فى الاصلاح بين الزوجين على أساس الحق والعدل .

(٤) أن يكون الحكمان ممن لهم قدرة على الاصلاح بين الزوجين .

وقد نص القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ . على هذه الشروط فى المادة السابعة منه فقد جاء فيها (يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين ومن أهل الزوجين أن أمكن والا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما .

وهذه الشروط هى بعينها نفس الشروط التى نص عليها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة السابعة منه أيضا فلم يأت القانون الجديد فيها بجديد .

<u>تحديد مدة لانتهاء مهمة الحكمين :</u>

ألزم القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ . القاضى أن يحدد فى القرار الصادر ببعث الحكمين مدة معلومة البداية والنهاية تنتهى بانتهائها مهمة الحكمين فى الاصلاح بين الزوجين بشرط أن لا تزيد هذه المدة على ستة شهور وأوجب على المحكمة اخطار الحكمين والخصوم بهذه المدة . كما أوجب عليها تحليف الحكمين اليمين قبل أن يقوما بأداء مأموريتهما فى الاصلاح بين الزوجين بصدق وعدالة فإذا انتهت المدة المحددة للاصلاح بين الزوجين ولم ينجز الحكمان مهمتهما بتقديم تقريرهما عن الموقف

بين الزوجين جاز للمحكمة أن تعطى لهما مهملة أخرى لا تزيد عن ثلاثة أشهر مرة واحدة فقط فأن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين وأن مهمتهما قد انتهت.

ويلاحظ أن امتناع أحد الزوجين عن حضور التحكيم بعد اخطارهما بهذا المجلس وموعد انعقاده لا يوقف أو يعطل سير عمل الحكمين فى انجاز مهمتهما فى الاصلاح بين الزوجين وعمل التقرير اللازم عن حالتهما .

وقد نص القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على تحديد مدة لانتهاء مهمة الحكمين فى المادة الثامنة فقد جاء فيهما (يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة شهور وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوما بمهمتهما بعدالة وأمانة ويجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى لا تزيد عن ثلاثة شهور فأن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين) . أما عدم تعطيل سير عمل الحكمين بسبب امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس الصلح بعد اخطاره به فقد نص عليه القانون فى المادة التاسعة من الفقرة الأولى منها فقد جاء فيها (لا يؤثر فى سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره ، وتحديد مدة لانتهاء مهمة الحكمين المبعوثين للمصالحة والتعرف على أسباب الشقاق والنزاع بين الزوجين وتقديم تقريرهما فى هذا الشأن . ويحلف الحكمان اليمين بأن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة وعدم تعطيل سير

عمل الحكمين بسبب امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم أو مقاطعته له بعد اخطاره بموعد انعقاده كل هذه أحكام جديدة لم يكن منصوصا عليها فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد قصد بهذه الاحكام الجديدة فى نظام الحكمين بين الزوجين القضاء على المساوئ التى نتجت عن تطبيق القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد وضح هذا مما جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ . عند التعليق على هذه الاحكام فقد جاء فيها (اتضح من تطبيق القانون القائم فى التطبيق " القانون رقم ٢٥لسنة ١٩٢٩ " قصوره عن الوفاء بعناصر الفصل فى الانزعة الخاصة بالطلاق للضرر بل أن ثلث الاحكام التى كانت لا تنتهى بالنزاع إلى نتيجة حاسمة وقد تفادى الشيوع فى المادتين ٨،٩ كثيرا من مساوئ القانون القائم فنظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الارجاء ويضع عرقلة عمل الحكمين .

<u>ما يتبعه الحكمان عند العجز عن الاصلاح :</u>

يجب على الحكمين المبعوثين من قبل المحكمة أن يتعرفا على الأسباب التى أدت إلى الشقاق والاختلاف بين الزوجين وأن يبذلا قصارى جهدهما فى الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة وبأية وسيلة يريانها . فإذا عجز الحكمان عن الاصلاح بين الزوجين ولم يستطيعا التغلب على أسباب الشقاق والنزاع واتفقت كلمتهما على أن الاساءة كلها من الزوج ولا دخل للزوجة فيها اقترحا فى تقريرهما الواجب تقديمه للمحكمة التفريق بين

الزوجين بطلقة بائنة دون مساس بحق من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق من نفقة ومؤخر صداق وغيرهما وإذا اتفقا على أن الاساءة كلها من جانب الزوجة ولا دخل للزوج فيها اقتراحا فى تقريرهما التفريق بين الزوجين نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة للزوج .

وإذا اتفقا على أن الاساءة التى كانت سببا فى الشقاق والنزاع مشتركة أسهم فيها كل من الزوج والزوجة اقترحا فى تقريرهما التفريق بين الزوجين دون بدل إذا تساوت مساهمة كلاهما فى الاساءة وإذا لم تتساو مساهمة كلاهما فى الاساءة اقترح الحكمان التفريق بينهما ببدل مناسب مع نسبة الاساءة لكل منهما وإذا لم يستطع الحكمان التوصل إلى معرفة المسئ منهما وجهل الحال عليهما اقترحا فى تقريرهما التفريق بدون بدل .

هذا وقد كان المعمول به فى ظل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، عند عجز الحكمين عن الاصلاح بين الزوجين أنه إذا كانت الاساءة من الزوج أو كانت منهما أو جهل الحال على الحكمين قرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة فقط فقد جاء فى المادة التاسعة منه (فإذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة) .

ومن هنا يمكننا أن نلاحظ الفروق الآتية :

(١) أن تقرير التفريق بطلقة بائنة بدون بدل فى حالة ما إذا كانت الاساءة كلها من الزوج وحالة جهل الحكمين الحال أمور يتفق عليها القانونان غير أن القانون الجديد زاد على القانون القديم النص على عدم المساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق وهذا احتراس . لا غبار عليه .

(٢) فى حالة اشتراك الزوجين فى الاساءة نجد أن القانون القديم نص على التفريق بين الزوجين بدون بدل مطلقا سواء أكان الزوجان متساويين فى درجة الاساءة أم كان أحدهما يزيد عن الآخر فيها أما القانون الجديد فقد فرق فى الحكم بين حالة تساويهما فى درجة الاساءة حيث جعل اقتراح التفريق بدون بدل وبين حالة عدم تساويهما فيها حيث جعل للحكمين اقتراح التفريق ببدل مناسب مع نسبة اساءة كل منهما وهذا أمر يتفق مع قواعد العدالة .

(٣) تعرض القانون الجديد لحالة رابعة لم يتعرض لها القانون القديم وهى حالة ما إذا كانت الاساءة كلها من جانب الزوجة ويفهم من عدم تعرض القانون القديم لحكم هذه الحالة أن الزوجة تظل مع زوجها رغم الشقاق والنزاع بينهما وهذا لا يعد علاجا للمشكلة ولهذا رأى واضعوا القانون الجديد علاج

هذه المشكلة باقتراح الحكمين للتفريق بين الزوجين نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة على أساس أنها تسببت في الخلاف والنزاع .

<u>اختلاف الحكمين :</u>

يجب على الحكمين بعد التعرف على أسباب النزاع أن يرفعا تقريرهما مشتملا على الأسباب التى بنى عليها وهذا يتأتى فى حالة اتفاقهما على أن المسئ هو الزوج أو الزوجة أو على أن الاساءة مشتركة بينهما أو جهل الحال فلم يعرفا المسئ منهما .

فإذا لم يتفقا على شئ مما تقدم بعثتهما المحكمة مرة أخرى بعد ذلك بمدة جديدة مع شخص ثالث له خبرة بحال الزوجين وقدره على الاصلاح وحلفته اليمين وذلك لكى يعاود الثلاثة محاولة التعرف على أسباب النزاع وبذل الجهد للاصلاح والتوفيق بين الزوجين بأية طريقة ممكنة لهم .

فإذا اتفقوا جميعا على رأى أو اتفقت الاكثرية على رأى عملت المحكمة به وإذا لم يتفقوا على رأى وانتهت المدة المجددة لمهمتهم ولم يقدموا تقريرهم فى أمر الزوجين اعتبرت المحكمة أن مهمتهم قد انتهت بالفشل وسارت المحكمة فى الاثبات فإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب ان كان لذلك كله وجه يقتضيه .

وقد نص القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ' على هذه الاحكام عند اختلاف الحكمين فى المادة ١٢ منه فقد جاء فى هذه المادة (على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التى بنى عليها التقرير فان لم يتفقا بعثتهما المحكمة مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الاصلاح وحلفته اليمين المبينة فى المادة (٨) وإذا اختلفوا ولم يقدموا التقرير فى الميعاد المحدد سارت المحكمة فى الاثبات وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها بتعويض مناسب ان كان لذلك كله مقتض .

وقد كان المعمول به طبقا للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم القاضى غيرهما وهكذا وكان هذا المنهج يطيل أمد النزاع وتركه بدون حل وفى هذا من الضرر ما فيه ولهذا رأى القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩. تفادى هذا التطويل بتحديد مدة عمل الحكمين وبعث حكم معهما فى حالة اختلافهما والعمل بما يتفقون عليه جميعا أو بما يتفق عليه أكثرهم فان لم يتفقوا أو لم يقدموا تقريرهم فى الميعاد المحدد لهم اعتبرت المحكمة مهمتهما قد انتهت وتولت هى بنفسها الفصل فى النزاع بين الزوجين حسب ما تقدم .

• تقول المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ تبريرا لبعث الحكم الثالث فى حالة اختلاف الحكمين : وتفاديا لا طالة امد التقاضى عند اختلاف الحكمين اقترح المشرع تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين وتقضى بما يتفقون عليه أو برأى الاكثرية وعند اختلافهم فى الرأى أو عدم ارسال تقريرهم فى الميعاد تسير المحكمة فى الاثبات وتقضى وفق التفصيل الموضح فى المادة ١١ وبعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة فأن القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار فى هذا الزمان أمرا ضروريا كوسيلة لاظهار الحق ورفع الضرر على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد ... ثم تقول المذكرة . وهذه الاحكام جميعها مأخوذه من مذهب الامام مالك أما نصا وأما مخرجة على نصوصه .

الفصل الثالث

التفريق بالعيوب الخاصة بالزوج

قد تجد الزوجة بزوجها عيبا مستحكما لا يمكن أن يبرأ منه الزوج أو يمكن أن يبرأ منه بعد زمن طويل وعلى كلتا الحالتين لا يمكن للحياة الزوجية أن تسير طبيعيا مع وجود هذا العيب . ذلك أن الزوجة لا تستطيع العيش مع زوجها المعيب من هذا النوع ألا بضرر .

ولما كانت القاعدة العامة فى الشريعة الإسلامية أنه لا ضرر ولا ضرار كان من الخير والعدل إعطاء الزوجة حق طلب الطلاق من هذا الزوج فإذا لم تطلب الطلاق من القاضى وحالة زوجها كهذه فأنها تكون قد رضيت بالمقام معه على هذه الحالة وحينئذ ينتفى عنصر الضرر فتصفو الحياة الزوجية وتخلو من ألا كدار والمتاعب والمشكلات .

وقد اتفق الفقهاء على أن الجب والخصاء والعنة عيوب اذا وجدت فى الرجل تجوز لزوجته طلب الطلاق من زوجها .

الجب :

هو القطع والرجل المجبوب هو مقطوع عضو التناسل فإذا وجدت الزوجة زوجها مجبوبا كان من حقها ان تطلب من القاضى تطليقها منه وعلى القاضى أن يجيبها إلى طلبها إذا ثبت عنده بأى طريقه من طرق الإثبات ما أدعته الزوجة على زوجها ولم يطلقها الزوج من تلقاء نفسه بعد

أمر القاضى له بالطلاق غير أنه يشترط لكى يأمر القاضى الزوج المعيب الجب أن يطلق زوجته أو يطلق عليه زوجته ان لم يطلق امتثالا لأمره عدة شروط .

(١) أن تكون الزوجة بالغة والا لم يفرق بينهما بهذا العيب لاحتمال أن ترضى به بعد بلوغها وتفضل العيش معه رغم وجود هذا العيب فيه لمعان أخرى تراها فيه .

(٢) أن لاتكون على علم بحاله قبل الزواج به فإن كانت على علم بحاله قبل الزواج لا يجاب طلبها فى التفريق لرضائها به على هذه الحالة .

(٣) أن لايوجد منها ما يفيد رضاها بالزوج المعيب كالعيش معه بعد الدخول والعلم بحالته .

(٤) أن لايكون بها عيب من العيوب التى تمنع المخالطة فإذا وجد بها عيب يمنع مخالطتها لا يجاب طلبها فى التفريق لعدم الضرر فى هذه الحالة .

الخصاء :

وهو قطع الخصيتين (البيضتين) فإذا وجدت الزوجة زوجها خصيا ولم يستطع مخالطتها رفعت الامر للقاضى فإذا ثبت عنده ماتدعيه الزوجة من الخصاء وعدم القدرة على المخالطة باعتراف الزوج أمهل الزوج سنة فإن مضت السنة ولم يستطع الزوج المخالطة رفع أمره للقاضى الذى يأمره بالطلاق فإن نفذ الآمر وطلق انتهى " الأشكال وان لم ينفذ طلق القاضى

عليه زوجته . غير أنه يشترط لكى يأمر القاضى الزوج بالطلاق او ان يطلق عليه ان لم يمتثل لامره نفس الشروط المتقدم ذكرها فى المجبوب ويزاد عليها هنا شرط خامس وهو أن يكون الخصى بالغا فإذا كان صبيا انتظر حتى يبلغ فقد يكون للصغر اثر فى عدم قدرته على المخالطة فإذا بلغ ولم يستطع المخالطة أجل سنه بعد بلوغ فإن لم يستطع المخالطة بعد السنه امره القاضى بالطلاق فإن لم يطلق طلق عليه القاضى زوجته .

العنـــة :

وهى صغر عضو التناسل فى الرجل صغرا يعوق الزوج عن مخالطة زوجته فإذا وجدت الزوجة زوجها كذلك جاز لها ان ترفع الأمر إلى القاضى فإذا ثبت عنده ماتدعيه الزوجة على زوجها باعتراف الزوج أمهله القاضى سنه ولا يفرق بينهما فى الحال فإن مضت السنة ولم يستطع الزوج معاشرة زوجته جنسيا أمره القاضى بالطلاق فإن نفذ الأمر وطلق انتهى الأشكال وإن لم يطلقها فرق القاضى بينهما .

غير أنه يشترط لكى يأمر القاضى الزوج بالطلاق أن يفرق بينهما فى حالة عدم تنفيذ الزوج لامر القاضى نفس الشروط الاربعة المتقدم ذكرها فى المجبوب ويزاد عليها هنا شرط خامس وهو ان يكون العينين بالغا فإذا .. صبيا لم يبلغ الحلم بعد انتظر حتى يبلغ فقد يكون عدم استطاعته المعـ الجنسية راجع إلى صغره فإذا بلغ وظل على عدم استطاعته المخالطة أمره القاضى بالطلاق فإن لم يطلق فرق القاضى بينه وبين زوجته .

ويلاحظ ان كل ما تقدم من أحكام فى الخصاء والعنه إنما تكـون فــى حالة اعتراف الزوج (الخصى) او (العنين) بما تدعيه الزوجه من عــدم استطاعته المخالطة أما إذا انكر دعواها عدم المخالطة وادعى انه قد خالطها وكان قد تزوجها بكرا وثبت بالكشف الطبي أنها لاتزال بكرا أمهله القاضــى سنه فإن مضت السنة ولم يستطع المخالطة امره القاضى بالطلاق فإن طلق انتهى الأشكال وإلا طلق عليه القاضى .

وان ثبت بالكشف الطبي أنها ثيب (اى لا بكاره لها) فيصدق الزوج فى دعواه القدرة على المخالطة بحلف اليمين .

وأن كان قد تزوجها ثيبا (أى لا بكاره لها) أو تزوجها بكرا وثبــت بالكشف الطبى زوال بكارتها وأدعت زوال البكاره بغير المخالطة فيصــدق الزوج فى دعواه القدرة على المخالطة بحلف اليمين .

ويلاحظ ان القاضى إذا أمهل الزوج الخصى أو العنين سنة ثم حــدث فى أثناء السنة عذر يمنع الزوج الاتصال بزوجته وكان هذا العذر بسبب من جهة الزوجة لمرضها او سفرها للحج . أو لشأن آخر من شئونها فإن المدة التى يستغرقها هذا العذر لا تحتسب من السنة التى أمهل القاضى الزوج بها وكذلك لا تحتسب المدة التى يستغرقها العذر من السنة إذا كان العذر بسبب من جهة الزوج بغير اختياره لمرضه أو سجنه وإذا كان الفقهاء قد اتفقــوا على أن الجب والخصاء والعنة تجيز للزوجة أن تطلب الطلاق فــانهم قــد اختلفوا فيما بينهم على ما عداها من العيوب كالبرص والجــزام والجنـــون

فذهب محمد ابن الحسن من الحنفية والامام مالك والشافعى واحمد رضوان الله عليهم إلى أنه يجوز للزوجة ان تطلب الطلاق من زوجها لوثبت اصابته بالبرص والجذام أو الجنون لأن هذه العيوب لا تطيب معها الحياة الزوجيــة وتتضرر منها الزوجة ضررا عظيما فإذا لم ترض بالبقاء معه كان لها الحق فى طلب الطلاق وان رضيت بالبقاء معه كان لها ذلك . وذهب الامام ابــو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تعالى إلى ان هذه العيوب لا تجيز للزوجــة طلب الطلاق من زوجها لان هذه العيوب لا تمنع من تحقيق المقصود مــن الزواج ولا تفوت معها الاغراض المبتغاه من الزواج .

وقد كان المعمول به قبل صدور القانون رقم ٢٥ لســنة ١٩٢٠ هــو رأى الأمام ابى حنيفه وابى يوسف وهو عدم اعطاء الزوجة الحق فى طلب الطلاق من القاضى بسبب عيوب الرجل الا إذا كانت هذه العيوب فى الجب والخصاء والعنة اما غيرها من العيوب كالبرص والجذام والجنون وغيرهــا فليس من حق الزوجة ان تطلب الطلاق بسببها وبعد صدور القــانون رقــم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ جرى العمل فى المحاكم الشرعية على رأى الأمام مالــك والشافعى واحمد ومحمد بن الحسن وهو اعطاء الزوجة الحق فــى طلــب الطلاق من زوجها بسبب عيب البرص والجذام والجنون وقد توسع القانون فى هذا الرأى حيث أجاز للزوجة ان تطلب الطلاق من زوجها بسبب اصابته بأى عيب من العيوب المستحكمة التى لا يمكن البرء منها الا بعد زمن طويل سواء أكان ذلك العيب موجودا بالزوج قبل عقد الزواج ام حدث له بعد العقد

وقد اشترط القانون لثبوت حق الزوجة فى طلب الطلاق بسبب العيوب عدة شروط :

١ — ان تكون اقامة الزوجة مع زوجها المعيب سببا فـــى اصـــابتها بالضرر .

٢ — أن لا تكون الزوجة على علم بعيب الـــزوج قبـــل العقـــد فـــأن تزوجته حالة عيبه لم يكن لها الحق فى طلب الطلاق منه .

٣ — أن لا يحدث من الزوجة بعد علمها بالعيب ، ما يدل على رضاها بعيب الزوج فأن اصيب الزوج بعيب من هـــذه العيـــوب بعـــد الزواج وعلمت به الزوجة وحدث ما يفصح عن انها رضـــيت بهذا العيب لم يكن لها الحق فى طلب الطلاق منه .

وقد نص القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على كل ما تقدم فى المادة التاسعة منه فقد جاء فيها (للزوجة ان تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء أكـــان ذلـــك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض بـــه فـــأن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

الخلـــــــع

الخلـــــــع : لغـــــة الازالـــة .

وشرعـــــــا: هو ازالة الزوجية بلفظ الخلع أو ما فى معناه فى مقابـــل عوض تدفعه الزوجة لزوجها (١) .

وأكثر العلماء على جواز وقوعه والاصل فى ذلك الكتـــاب والسنة .

أدلة جوازه فى الكتاب : قوله تعالى : " فلا جناح عليهمـــا فيمـــا افتـــدت بـــه(٢) .

ومن السنة :

ما رواه البخارى من حديث أيوب عن عكرمة عن ابن عباس (رضى الله عنهما) أن امرأة ثابت بن قيس اتت للنبى صلى الله عليه وسلم قالت : يارسول الله . ثابت بن قيس ما اعتب عليه فـــى خلق ولا ديـــن ولكـــن لا اطيقه . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " اتردين عليـــه حديقتـــه . قالت : نعم " .

---

(١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للدكتور محمود محمد طنطاوى الطبعـــة الأولى ٥ ص ٣٣٤ .

(٢) آية رقم ٢٣٩ من سورة البقرة .

واخرج ابن ماجه الحديث عن قتادة عن عكرمة عن ابن عبــاس " ان حبيبة بنت سهل اتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما اعيب على ثابت فى دين ولا خلق ولكنى اكره الكفر فى الاسلام ، لا اطيقه بغضا " فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : " اتردين عليه حديقته قالت : نعم ، فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ياخذ منها حديقته ولا يزاد . فهــذا أول خلع فى الاسلام وهذا الحديث اصل فى الخلع .

وجمهور الفقهاء على جواز الخلع قال الامام مالك رضى الله عنه لــم ازل اسمع ذلك من اهل العلم وهو الامر المجمع عليه عندنا وهو ان الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها ولم تؤذ من قبله واحبت فراقه فانه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبى صلى الله عليه واله وسـلم فى امرأة ثابت .

وشذ أبو بكر بن عبد الله المزينى عن الجمهور فقال : لا يحل للــزوج أن يأخذ من زوجته شيئا .

واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى : " فلا جناح عليهما فيمــا افتدت به " منسوخ بقوله تعالى : " وان اردتم اســتبدال زوج مكــان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ــ الآية .

واجاب الجمهور على ان عدم الجواز يكون عند اخذ المال بغير رضاها واما برضاها فجائز :

شروط صحة الخلع :

لكى تترتب على الخلع الاحكام الخاصة به يشترط ان تتوافر فيه الشروط الآتية :

١ – ان يكون الخلع من الزوج البالغ العاقل . فالصغير والمجنون لا يصح منهما الخلع لعدم توافر شرط الاهلية فيهما وهى التى لا يصح الطلاق بدونها .

٢ – ان يكون الخلع واقعا على من هى فى عصمته ولو كانت مطلقة طلاقا رجعيا لأن ملك النكاح فى هذا الطلاق قائم حكما والخلع ازالة لهذا الملك حقيقة أو حكما .

ويترتب على هذا الشرط أنه لا يصح ان يخالع بعد البينونة ولا بعد الردة ولا فى الزواج الفاسد لأنه لا يترتب عليه اثر حتى يزال بالخلع .

٣ – أن يكون الخلع فى مقابلة مال من جهة الزوجة وذلك لأنها ترغب فى الخلاص من هذا الزوج الذى لم تتوافر لها أسباب السعادة معه .

٤ – رضاء الزوجين بالخلع لأن الخلع اسقاط حق الزوج قبل الزوجة وهذا الاسقاط لابد فيه من الرضا من هذا الذى سقط حقه كما أنه لما كان الخلع فى مقابل عوض تدفعه الزوجة كان لابد من الرضا منها على دفع هذا العوض للزوج .

ففقدان الرضا منهما أو من أحدهما لا يصح معــه الخلــع ولا تترتب عليه آثاره .

بـدل الخلع :

المال الذى تدفعه الزوجة لزوجها فى مقابل طلاقها منه هو ما يسمى بدل الخلع . وهذا المال الذى تدفعه الزوجة لزوجها صحيح ســواء أكــان اقل من المهر الذى دفعه لها أم كان مساويا له وهذا الحكم عند جميع مــن ذهب إلى جواز الخلع شرعا .

واختلف الفقهاء فى جواز الخلع على مال أكثر من المهر .

فيرى الجمهور جواز اخذه ولا اثم على الزوج فى اخذه الا انه يستحب عدم الزيادة فى بدل الخلع عن المهر المدفوع للــزوج . واســتدل هــؤلاء باطلاق الفداء الذى جاء فى قوله تعالى : ولا يحل لكــم ان تاخــذوا ممــا آتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حــدود الله فلا جناح عليهما فيما أفتدت به . فلم تقيد هذه الآية جواز الفداء بقــدر معينز وعليه كما جاز الاقل والمساوى جاز الاكثر والزائد عنه .

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن أخذ الزيادة عن المهر لا يجوز وعلى ذلك فإذا اخذ الزوج زيادة عن المهر كبدل فيجب عليه ان يرد هذه الزيادة . ودليل هؤلاء ما جاء فى قصة امرأة ثابت بن قيس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لها اتردين عليه حديقته . قالت : نعم وزيادة . فقال اما الزيــادة

فلا . فقول النبى صلى الله عليه وسلم أمـــا الزيادة فلا دليـــل علـــى منـــع الزيادة .

والواقع ان سياق الآية التى ذكرناها وهى قوله تعالى : " وان اردتـــم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فـــلا تاخـــذوا منـــه شـــيئا اتخذتموه بهتانا واثما مبينا ، وكيف تاخذوه وقد افضى بعضكم إلى بعـــض واخذن منك ميثاقا غليظا " . يدل على أنه لا يحل للزوج اخذ شئ لا ديانـــة ولا قضاء إذا كان النشوز من جانبه ولكن القضاء ينفذ كل ما اتفق عليـــه للتراضى وهذا الطلاق الذى يقع طلاق بائن كما تقدم .

وقد تمسك الظاهرية وقالوا ان الخلع لا يكون الا حيث يكون النشـــوز من قبل الزوجة اما ان كان النشوز من قبل الزوج فهو طلاق ومع الظاهرية فى هذا القول بعض المالكية وهو خلاف قول الجمهور الذى ذكرناه .

ما يصح ان يكون خلعا :

كل ما يصلح ان يكون مهرا يصلح ان يكون خلعا ولا عكس فكل مـــال معين أو مثلى موصوف يصح ان يكون بدل خلع ويصح ان يكون بدل خلـــع ايضا المنافع التى تقابل بالأموال كسكنى الدار زمنا معلوما كمـــا يصـــح ان يكون بدل الخلع مجهولا جهالة غير فاحشة .

ولا يصح ان يكون بدل الخلع المال غير المتقوم كالخمر والخنزير فان خالعها على ذلك وقع الطلاق ولم يثبت البدل . لأنه لا يجـــوز للمســـلم ان يطالب بالخمر أو بالخنزير .

وكذلك لا يصح ان يكون بدل الخلع استبقاء الطفل تحت يدها إلـى ان يبلغ وذلك إذا كان الطفل ذكرا وانما لم يصح ذلك لأنه يشتمل على اعتـداء على حق الطفل . اذ ان الطفل بعد بلوغ سن الحضانة يحتاج إلى من يعوده بعادات الرجال فبقاؤه معها يخل بمصلحته ولهذا يكون من حقه ان ينزع من يدها .

اما لو كان الطفل فتاة فهذا الشرط لا يضر بمصلحتها فيجوز ان يكون استبقاء الفتاة خلعا .

<u>حكـم الخلـع :</u>

يترتب على الخلع الاحكام الآتية :

(١) وقوع الطلاق البائن إذا استحق الزوج البدل ولم يوجد سـبب شرعى يلغيه وان كان هناك سبب شرعى يترتب عليـه الغـاء البدل وقع الطلاق .

(٢) إذا كان البدل مالا منقولا أو غيره من كل ما يصح ان يكـون خلعا ثبت بدل الخلع .

<u>من الذى يقع خلعه ؟</u>

المرأة التى يقع منها الخلع هى غير المحجور عليها لجنون أو سـفه فان كانت محجورا عليها لجنون ووقعت المخالعة منها اثناء جنونها وكانت هى التى تولت الصيغة فلا يقع الطلاق ولا يثبت المال لان عبارتهـا وهـى فاقدة الاهلية لا تفيد شيئا وان كان الحجر عليها لسفه وتولت هى الصـيغة

بان كان الايجاب منه والقبول منها ومثاله ان يقول لها أنت طـالق بـالف تفدين به نفسك فقبلت فان الطلاق يقع ولكن المال لا يلزم لأن الطلاق معلق على قبول الولى وقد وجد القبول منها وعبارتها معتبرة شرعا أما المال فلا يلزمها لأن فى ذلك ضررا على المحجور عليها إذ هو تبـرع والتبـرع لا يلزمه .

وإذا كانت المخالعة مريضة مرض الموت فان خلعها يقـع طلاقـا ان خالعت هى لأن الزوج علق الخلع على قبول المال وقد وجد القبول صحيحا إذ ان المرض لا يوجب حجرا والمريض اهل لكل التصرفات الشرعية ولكن بدل الخلع فى معنى التبرع ولهذا ياخذ حكم الوصية وعلى هذا يرى الاحناف ان ما يستحقه المخالع هو بدل الخلع بشرط الا يزيد على ثلث التركـة ولا عن نصيبه فى الميراث ان ماتت وهى فى العدة لان موتها فى العدة يجعـل سبب الميراث قائما من وجه .

هل يقع الخلع بحكم الحكمين ؟

يرى امام دار الهجرة – رضى الله عنـه ، ان الخلـع كمـا يكـون بالتراضى بين الزوجين يكون بحكم الحكمين إذا فسدت العلاقة بين الزوجين وكانت النفرة بينهما مما يوجب ان يحكم القاضى بسببه حكمين فان لهـا أن يفرقـا خلعا ويوافق القاضى ولـو كان الخلع بغيررضـا الزوجة إن كان

---

(١) من الأحوال الشخصية للمرحوم الشيخ أبو زهرة ص ٢٩٧ .

النشوز من جانبها (١) . وهذا نص ما جاء فى المدونة منسوبا لمالك رضى الله عنه قال مالك · فى الأمر الذى يكون فيه الحكمان وانما ذلك إذا فتح ما بين الرجل والمرأة حتى لا تثبته بينهم بينة ولا يستطاع ان يتخلص الى امرها فاذا ابلغا ذلك بعث الوالى رجلا من اهلها ورجلا من اهله عدلين ، فنظرا فى امرهما واجتهدا فان استطاعا الصلح اصلحا بينهما والا فرقا بينهما ثم يجوز فراقهما دون الامام وان رأيا ان ياخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا " المدونة جـ ٥ ص ٥ " .

الخلع والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

ضمن القانون رقم واحد لسنة ٢٠٠٠ المادة ٢٠ الأحكام التى أقرها الشرع لإزالة الزوجية بالخلع فقد نصت المادة ٢٠ من القانون رقم واحد لسنة ٢٠٠٠ على ما يأتى : للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع ، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها ، حكمت المحكمة بتطليقها عليه .

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين ، وندبها لحكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما ، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر ، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القانون ، وبعد أن تقرر الزوجة

صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنـــه لا ســبيل لاســتمرار الحيــاة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض .

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار ، أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم .

ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن .

ويكون الحكم – فى جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن .

اللعـــان

اللعان معناه في اللغة : الطرد والابعاد وهو فى اللعن بمعنى واحد يقــال : لعـــن فلان أى طرد فلان وابعد وفلان لعنه الله أى طــرده وابعــده مـــن رحمته .

أما معناه فى المصطلاح الفقهى : فهو شهادات مؤكدات بالايمان بالله تعالى مقرونة باللعن من جانب الرجل وبالغضب من جانب المرأة .

دليل مشروعية اللعان :

الدليل على مشروعية اللعان هو قول الحق تبارك وتعالى : " والـــذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفســـهم فشـــهادة احـــدهم اربـــع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كـــان مـــن الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله أنه لمن الكـــاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

فهذه الآية تفيد ان الزوج إذا اتهم زوجته بالزنا ولم يستطع اثبات هذه التهمة عليها بوجود البينة التى تشهد معه واقعة الزنا وانكـــرت الزوجـــة التهمة الموجهة إليها من قبله فان الزوج فى هذه الحالة يعد قاذفا للزوجـــة ولا يعفيه من توقيع حد القذف عليه الاملاعنته لزوجته كما ان الزوجـــة لا يعيفها من توقيع حد الزنا عليها الا ملاعنتها لهذا الزوج الذى ألصق بهـــا جريمة الزنا .

سبب اللعان :

وسبب اللعان كما هو واضح مما تقدم هو اتهام الزوج زوجته بالزنا وعدم استطاعته اثبات هذه التهمة عليها بطريق البينة . كذلك يعد من أسباب اللعان نفى الزوج الولد الذى اتت به الزوجة وذلك بادعائه ان هذا الولد ليس منه أو أنه يدعى ان الحمل الذى فى بطن زوجته ليس منه .

صورة اللعان :

صورة اللعان ان يشهد الزوج أربع شهادات بالله أنه رآها تزنى . ان كان اللعان لرؤية الزنا . وان كان اللعان لنفى الحمل يشهد الزوج أربع شهادات بالله ان هذا الحمل ليس منه . وان كان اللعان لنفى نسب الولد يشهد الزوج اربع شهادات بالله ان هذا الولد ليس منه ثم يقول فى الخامسة . ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا أو نفى الحمل أو الولد . وبعد ان ينتهى الزوج من الملاعنة تلاعن الزوجة وذلك بان تشهد اربع شهادات بالله أنه ما رآها تزنى ، أو أن هذا الحمل منه ، أو أن هذا الولد منه . ثم تقول فى الخامسة : ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به . فإذا تم التلاعن بينهما فرق القاضى بينهما ونفى نسب الولد عن الزوج والحقه بزوجته وسمى الولد بولد اللعان .

شروط اللعان :

يشترط لقيام التلاعن بين الزوجين وترتب اثاره عليه عدة شروط :

(١) ان تكون الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة أو حكما وتكون الزوجية قائمة بين الزوجين حكما إذا كانت الزوجة مطلقة طلاقا رجعيا وكانت عدتها لم تنقض بعد . فإذا لم تكن الزوجية قائمة بينهما حقيقة أو حكما لم تجز الملاعنة بينهما لانها تكون أجنبية عنه فى هذه الحالة وملاعنة الأجنبيات لا تصح .

(٢) ان تكون الزوجية قائمة بين الزوجين على عقد زواج صحيح فإذا كان عقد زواجهما باطلا أو فاسدا لم تصح الملاعنة بينهما .

(٣) أن يكون كل من الزوجين اهلا لاداء الشهادة على المسلم ويكون كل منهما بالغا عاقلا قادرا على النطق بالشهادة غير محدود بسبب قذفه لآخر .

(٤) ان تطالب المرأة بحد الزوج فى حالة رميه لها بالزنا ، فإذا لم تطالب بحد الزوج فلا تقوم الملاعنة بينهما لان اللعان اجراء شرعه الله عز وجل لدرء حد القذف عن الزوج ودرء حد الزنا عن الزوجة وعند عدم المطالبة بهذا الحد لا يكون الزوج فى حاجة لدرء هذا الحد عنه .

الآثار المترتبة على اللعان :

إذا تم اللعان بين الزوجين بالصورة المتقدمة ترتبت عليه الآثار الآتية :

١ ـ حرصة استمتاع كل من الزوجين بالآخر وقد اتفق الفقهاء على ثبوت هذه الحرمة بمجرد اتمام اللعان ولا تتوقف على حكم القاضى بالتفريق بينهما .

٢ ـ التفريق بين الزوجين وذلك بمجرد اتمام اللعان ولا يتوقف هذا التفريق على حكم القاضى به وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بقوله عليه الصلاة والسلام لمن لاعن زوجته " لا سبيل لك عليها " وبقوله عليه الصلاة والسلام " المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان ابدا " فظاهر هذين الحديثين يفيد ان المتلاعنين يفترقان بمجرد تلاعنهما ولا يتوقف تفرقهما على صدور حكم به من القاضى .

وذهب الحنفية إلى أن التفريق بين المتلاعنين لا يتم الا بعد صدور حكم القاضى به . ويترتب على مذهبهم هذا أنه إذا مات أحد الزوجين بعد اتمام الملاعنة وقبل صدور حكم بالتفريق بينهما من القاضى فان الحى منهما يرث الذى مات ، ويترتب عليه ايضا أنه إذا رجع الزوج بعد تمام الملاعنة عن ما كان يرمى به زوجته بان كذب نفسه فيما ادعاه عليها

وكان هذا قبل صدور الحكم من القاضى بالتفريق بينهما حلت له زوجته بدون عقد جديد لان علاقة الزوجية ما زالت قائمة بينهما والذى ينهى قيامها هو حكم القاضى بالتفريق وحكم القاضى بالتفريق لم يصدر بعد .

٣ - نفى نسب الولد من أبيه وذلك فى حالة ما إذا كان سبب اللعان نفى نسب الولد . وذلك بشرط أن يكون الزوج قد نفى نسب الولد عند الولادة مباشرة أو بعدها بيوم أو يومين وان لا يكون الزوج قد اقر بأن هذا الولد ولده صراحة أو ضمنا وذلك كسكوته عند تهنئته به عند ولادته مثلا ولم ينفه ولا يحكم القاضى بنفى نسب الولد من هذا الزوج الملاعن .

٤ - تفريق القاضى بين المتلاعنين يقع طلاقا بائنا لا فسخا عند أبى حنيفه رحمه الله تعالى لآن هذا التفريق وقع بسبب من جهة الزوج والتفريق الواقع بسبب من جهة الزوج يعد طلاقا لا فسخا .

الإيــــــلاء

الإيلاء معناه فى اللغة : الحلف أو اليمين . يقال آلى فلان على نفســه أى حلف وقطع العهد على نفسه ان يفعل كذا أو ان يترك فعل كذا ومنه قولــه تعالى : " ولا يأتل أولوا الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربــى اى لا يحلفوا " .

أما معناه فى اصطلاح الفقهاء : فهو حلف الزوج بالله تعالى أو بصفة مــن صفاته ان لا يقترب من زوجته مدة اربعة اشهر فأكثر أو تعليق اقترابه من زوجته على أمر يصعب عليه الاتيان به .

شروط الإيــــلاء :

يشترط لصحة الايلاء عدة شروط :

١ – أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة أو حكما وتكــون الزوجية قائمة بينهما حكما إذا كانت الزوجــة مطلقــة طلاقــا رجعيا وكانت عدتها لم تنته بعد . فإذا لم تكن الزوجية قائمــة بينهما حقيقة أو حكما لم يصح الايلاء لأن المرأة تكون أجنبية عن الرجل والايلاء من الأجنبيات لا يصح .

٢ – ان تكون المدة التى حلف الزوج الا يقرب زوجته فيها تزيد على اربعة أشهر وهذا ما ذهب إليه الامام مالك والشــافعى وذلــك لقوله تعالى :" للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فأن الله غفورا رحيم . وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع

عليم " فهذه الآية الكريمة اعطت الزوج الحق فى الانتظار بعد حلفه عدم قربان زوجته مدة اربعة اشهر وهذا يـدل علـى ان الزوج إذا حلف الا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر فقط وذهـب الأمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أن الزوج لا يكون موليا من زوجته إذا كانت المدة التى حلف ان لا يقرب زوجته فيهـا اربعة أشهر فأكثر .

٣ ـ ان يكون الزوج ممن يصح منه وقوع الطلاق بان يكون بالغـا عاقلا فان كان صبيا لم يبلغ الحلم بعـد أو كـان مجنونـا أو معتوها لا يصح منه الايلاء .

٤ ـ ان يكون الزوج ممن يستطيع جماع زوجته بان يكـون بالغـا قادرا علي وطء الزوجة .

٥ ـ ان يكون الزوج قد قصد بايلائه من زوجته الاضرار بها فإذا لم يكن قد قصد بالايلاء الاضرار بالزوجة فلا يكون موليا فى ذلك كان قصد بحلفه عدم قربانه زوجتـه عـدم الاضـرار بالولـد الرضيع لان قربان الزوجة قد يترتب عليه الحمل والحمل يترتب عليه تغيير لبن المرأة المرضع مما يؤدى إلى ضعف الرضـيع جسمانيا .

ويلاحظ :

ان الايلاء من الزوجة يكون صحيحا سواء كانت مسلمة أم كانت ذمية (يهودية أو مسيحية) وسواء كان الزوج قد دخل بها أم لا وذلك لعموم قوله تعالى : للذين يؤلون من نسائهم .

فهذه الآية الكريمة عامة لم تفرق بين الزوجة المسلمة وبين غير المسلمة ايضا ولم تفرق بين الزوجة المدخول بها وبين الزوجة غير المدخول بها .

حكم الايلاء :

إذا حلف الزوج الا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر ثم رجع عن هذا وفاء إلى زوجته أي جامعها فلا شئ عليه سوى كفارة اليمين الذى حلفه وحنث فيه بفيئه إلى زوجته . وان لم يفئ انتظر مدة أربعة أشهر لا يطالب فيها بالرجوع إلى زوجته وجماعها فإذا مضت هذه المدة ولم يجامعها بعد مضيها رفعت زوجته الأمر إلى القاضى فيطالبه القاضى بالفيئة إلى زوجته فان امتنع امره بالطلاق فان لم يطلق طلق عليه القاضى وإذا طالبه القاضى بالفيئة إلى زوجته فوعد بالفيئة إليها اعطاه القاضى الفرصة لكى يفئ إليها فان لم يفى رفعت الزوجة الأمر إلى القاضى مرة ثانية وعلى القاضى ان يطالبه بالفيئة فإذا طالبه القاضى بها فوعد بالفيئة إلى زوجته اعطاه القاضى الفرصة مرة ثانية لكى يفئ إلى زوجته وهكذا ثلاث مرات فان لم يفئ بعد ذلك أمره القاضى بالطلاق فان امتنع عن الطلاق طلق عليه

القاضى وإلى كل ما تقدم ذهب الائمة الثلاثة مالك والشافعى واحمد بن حنبل رضوان الله عليهم اجمعين .

وذهب الامام ابو حنيفه رحمه الله تعالى إلى أن الزوج إذا مضى على حلفه عدم قربان زوجته مدة أربعة شهور دون ان يفئ إلى زوجته طلقت زوجته بمجرد انقضاء هذه المدة .

والذى يظهر رجحانه هو ما ذهب إليه الائمة الثلاثة وهو ان الزوجة لا تطلق من المولى بمجرد مضى مدة الاربعة أشهر وانما تطلق منه إذا لم يفئ بعد هذه المدة وذلك لقوله تعالى : " للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فأن فاءوا فأن الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم " . فهذه الآية الكريمة تفيد ان المولى ينتظر مدة أربعة أشهر وبعدها ان فاء وجامع زوجته لا تطلق منه وإذا لم يفيء بل عزم الطلاق طلقت منه .

ويلاحظ :

ان الطلاق الواقع بسبب الايلاء من الزوجة يكون طلاقا رجعيا عند الامام مالك والشافعى واحمد بن حنبل رضوان الله عليهم اجمعين أما عند أبى حنيفه فأن الطلاق الواقع بسبب الايلاء من الزوجة يكون طلاقا بائنا .

والذى يجرى عليه العمل الآن فى المحاكم هو مذهب الائمة الثلاثة وهو اعتبار الطلاق الواقع بسبب الايلاء من الزوجة طلاقا رجعيا لا بائنا .

الظهـــار

الظهار معناه فى اصطلاح الفقهاء تشبيه الزوج زوجتــه أو جــزء شائعا منها أو جزء يعبر به عن كلها بامرأة محرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة على سبيل التأبيد اتفاقا أو بجزء من امرأة محرمة عليــه لا يحل النظر اليها .

وذلك كأن يقول الزوج لزوجته " انت على كظهر أمـى " أو كظهـر أختى أو أن يقول لها انت على كأمى أو أختى وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وذهب بعض الفقهاء إلى أن الظهار لا يكون الا بلفظ الظهر والأم أو الجدة فقط وانما صح بلفظ الجدة لأن الجدة فى حكم الأم شــرعا وقــد استدل هذا البعض على رأيه هذا بقوله تعالى :

" الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم أن امهـاتهم الا اللاتى ولدنهم " ... فهذه الآية الكريمة افادت ان الظهار لا يكون الا بلفــظ الأم والجدة فى حكم الأم ، والراجح فى هذا هو مذهب جمهور الفقهاء .

والظهار حرام شرعا لأنه منكر من القول وزور بــنص كتــاب الله تعالى فقد قال " الذين يظاهرون منكم من نسائهم مــا هــن امهــاتهم أن اماتهم الا اللاتى ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القــول وزورا وان الله لعفو غفور " .

والأصل فى الظهار ما ثبت فــى الســنن والأســانيد أن أوس بــن الصامت ظاهر من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة وهى التــى جادلــت

رسول الله صلى الله عليه وسلم واشتكت إلى الله وسمع الله شكواها من فوق سبع سموات فقالت : يا رسول الله ان أوس بن الصامت تزوجني وأنا شابة مرغوب فى فلما خلا سنى ونثرت بطنى جعلنى كامه عنده فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما عندى فى أمرك شئ . فقالت : اللهم أنى اشكو إليك ، وروى أنها قالت : ان لى صبية صغارا أن ضممتهم إليه ضاعوا وان ضممتهم إلى جاعوا فانزل الله عز وجل : " قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله والله يسمع تحاوركما أن الله سميع بصير " ... فقال النبى صلى الله عليه وسلم : ليعتق رقبة فقالت : لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين : فقالت : يارسول الله أنه شيخ كبير ما به من صيام ، قال : فليطعم ستين مسكينا ، قالت : ما عنده من شئ يتصدق به ، قال : ساعينه بعزق من تمر ، قالت : وانا اعينه بعزق آخر ، قال احسنت فاطعمى عنه ستين مسكينا وارجعى إلى ابن عمك .

وقد اختلف الفقهاء هل الظهار يصح من الزوجة مطلقا أى سواء أكانت ممن يمكن وطؤها أم لا أم أنه لا يصح منها الا إذا كانت ممن يمكن وطؤها .

فذهب فريق منهم إلى أن الظهار من الزوجة يصح مطلقا أى سواء أكانت كبيرة أم كانت صغيرة وسواء أكانت مسلمة أم كانت كتابية وسواء

أكانت ممن يمكن وطؤها أم كانت ممن لا يمكن وطؤها لأن الآيـــة التـــى جاءت بالظهار عامة لم تفرق بين زوجة وأخرى .

وذهب فريق منهم إلى أن الظهار من الزوجة لا يصح الا إذا كانـــت ممن يمكن وطؤها ذلك ان الظهار لا يكون الا لتحريم الوطء فـــإذا كـــان وطؤها غير ممكن لم يكن لظهار الزوج منها معنى ولا أثر .

شروط الظهار :

١ ـ ان تكون الزوجية قائمة بين المظاهر والمظاهر منها حقيقة أو حكما وقت الظهار وتكون الزوجية قائمة حكما بينهما إذا كانت الزوجة مطلقة طلاقا رجعيا ولم تنته عدتها بعد . فإذا لم تكــن الزوجية قائمة حقيقة أو حكما بينهما وقت الظهار فلا يصـــح الظهار ولا تترتب عليه أثاره ، لأن المظاهر يكون اجنبيا عن المظاهر منها والظهار من الأجنبيات لا يصح .

٢ ـ ان يكون الزوج المظاهر عاقلا بالغا مسلما فإذا كان الـــزوج مجنونا أو معتوها أو صبيا لم يبلغ الحلم بعد أو كافرا لم يصح منه الظهار .

٣ ـ ان يكون من شبهت به الزوجة من جنس النساء فإذا شـــبه الزوج امرأته برجل مثلا ، فإنه لا يكون مظـــاهرا منهـــا ولا يترتب على هذا التشبيه ما يترتب على الظهار من آثار .

٤ ـ أن تكون المرأة التى شبه الزوج بها زوجته محرمـــة عليــه على جهة التأبيد بسبب النسب أو الرضاع أو المصاهرة باتفاق الفقهاء فإذا شبه الزوج زوجته بامرأة لم يتفق الفقهاء علـــى تأبيد تحريمها عليه وانما اختلفوا فى تحريمها عليه فلا يقـــع بهذا التشبيه ظهار مثلا لو قال الزوج لزوجته أنت على كظهر فلانة وكانت فلانة هذه المشبه بها زوجة ابنه من الرضـــاع ، فأن هذا الزوج لا يعتبر مظاهرا من زوجته بهـــذا القـــول لأن زوجة الأبن من الرضاع لم يتفق الفقهاء على تحريمها علـــى الأب من الأرضاع .

أقسام الظهار :

ينقسم الظهار من حيث الصيغة التى ينعقد بها الى قسمين :ـ

(١) ظهار صريـــــح .

(٢) ظهار غير صريح .

١ ـ الظهار الصريح :

هو ما كان بلفظ لا يستعمل الا فيه عادة أو هو بلفظ لا يحتمل معنى آخر غير الظهار غالبا . وذلك كقول الزوج لزوجته أنت على كظهر أمى .

واللفظ الصريح يقع به الظهار دون توقف على نيـــة المظـــاهر أى سواء قصد الزوج به الظهارأو لم يقصد فالظهار يقع من الزوج ولو قال الزوج لم اقصد به الظهار ، وذلك كالطلاق الصريح تماما يقع به الطلاق

دون توقف على نية الزوج فيقع به الطلاق ولوقال الزوج لـم أنـو بـه الطلاق .

٢ ــ الظهار غير الصريح :

(الكنائى) وهو ما كان بلفظ يستعمل فى الظهار وفى غيره أو هـو ما كان بلفظ يحتمل معان أخرى غير الظهار ولا يمكـن تـرجيح معنـى الظهار فيه على المعانى الآخرى التى يحتملها هذا اللفظ . وذلك كأن يقول الزوج لزوجته : أنت على كأمى فهذا اللفظ يحتمل ان الزوج يقصد به ان امرأته كأمه تـ ـاما فى المحبة والكرامة والاعتزاز بها ويحتمل أن يقصد به امرأته عنده كأمه فى تحريمها عليه .

والظهار الغير صريح أو الكنائى لا يقع به الظهار الا إذا قصد الزوج به الظهار من الزوجة وذلك كالطلاق الغير صريح أو الكنائى تماما لا يقع به الطلاق الا إذا قصده الزوج ، فإذا قال الزوج لم أنو به الظهـار مـن زوجتى لا يقع به الظهار .

حكم الظهار :

إذا وقع الظهار صحيحا باستيفاء شروطه المتقدمة ترتب عليه أثره وهو تحريم الزوجة على زوجها فلا يحل له أن يقربهـا ولا ان يلامسـها حتى يكفر عن ظهاره وكذلك لا يحل للزوجة ان تمكنه من الاستمتاع بهـا حتى يكفر عن ظهاره منها .

كفارة الظهار :

بين الله عز وجل هذه الكفارة فى قوله تعالى : " والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير " ... فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم " .

فهذه الآية الكريمة تفيد ان كفارة الظهار تكون بواحد من أمور ثلاثة هى :

(١) عتق رقبة .

(٢) صيام شهرين متتابعين .

(٣) اطعام ستين مسكينا .

كما تفيد الآية الكريمة ايضا ان كفارة الظهار تجب على المظاهر على الترتيب لا على التخيير بمعنى ان المظاهر لا ينتقل من التكفير بالاعتقاق إلى التكفير بالصيام شهرين متتابعين الا إذا عجز عن الاعتاق كذلك لا ينتقل من التكفير بالصيام شهرين متتابعين إلى التكفير بالاطعام الا إذا عجز عن التكفير بالصيام . فالواجب على المظاهر ان يبدأ فى كفارة الظهار بعتق رقبة سواء كانت مسلمة أو كانت غير مسلمة على ما ذهب إليه الأمام أبو حنيفه رضى الله عنه وذهب غيره من الفقهاء إلى أن الرقبة يجب ان تكون مسلمة والا لم يصح التكفير . فإذا لم تكن عند

المظاهر رقبة ولم يكن عنده مال يشترى به رقبة لكى يعتقها عد عــاجزا عن العتق وانتقل إلى التكفير بصيام شهرين متتابعين ويقصــد بالتتــابع موالاة الصيام بلا فاصل بين أيام الصوم ولهذا إذا صام المظــاهر تســعة وخمسين يوما متتالية ثم افطر بطل ما صامه . ووجب عليه اعادة الصوم من جديد وهـــذا باتفاق الفقهـــاء لقوله تعالى : " فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين " ... ولكنه يلاحظ ان المظاهر إذا افطر يوما أو أكثر فى خلال مدة الشهرين وكان افطاره لعذر كمرض لم يستطع معه الصيام مثلا فان هذا الفطر لا يقطع عليه التتابع ولا يبطل عليه الأيام التــى صــامها ويجب عليه مواصلة الصوم بمجرد زوال العذر والا انقطع التتابع وبطــل عليه ما صامه من الايام فإذا لم يستطع المظاهر الصيام لمرض أو كبــر سن أو غير ذلك انتقل إلى التكفير عن ظهاره باطعام ستين مسكينا يغديهم ويعشيهم ولا بد من اطعام ستين مسكينا والا لم يكن المظاهر قد كفر عن ظهاره مثلا إذا أطعم مسكينا واحدا ستين يوما لم يكن مكفرا عن ظهــاره على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

وذهب الامام أبو حنيفه رضى الله عنه أنه إذا أطعم مسكينا واحــدا ستين يوما صح هذا وعد مكفرا عن ظهاره .

وإذا تم تكفير المظاهر عن ظهاره بوسيلة من الوسـائل المتقدمـة حلت له زوجته وكان من حقه ان يقربها وان يلامسها او ان يستمتع بها على أى وجهه يريد ... والله اعلم .

العـــــدة

لما كنا ذكرنا أن المطلقة يجب عليها أن تتربص فى بيــت المطلــق مدة للتعرف على براءة الرحم فاننا نشير بصورة موجزة إلى هذه العــدة حتى يمكن معرفة الاحكام المتعلقة بها فنقول وبالله التوفيق .

الفصل الأول : تعريف العدة : ونتناول هذا التعريف فى مبحثين .

المبحث الأول : تعريفها فى اللغـــــــة .

والثانـــى : تعريفها فى الاصطلاح .

المبحث الأول

تعريف العدة في اللغـــــة

قال في المصباح : (١)

" وعدة المرأة قيل أيام اقرائها ، مأخوذ من العد والحســاب وقبــل تربصها المدة الواجبة عليها " .

وجاء في البصائر : (٢)

والعدة هى الشئ المعدود " وقوله تعالى " فعدة من أيام آخر (٣) أى عدة ما قد فات وقوله ولتكملوا العدة (٤) أى عدة الشهر فالعــدة لغــة : الأحصاء (٥) تقول عددت الشئ عدة إذا أحصيته احصاء وتطلــق العــدة ويراد منها المعدود . وجمع العدة العدد .

---

(١) المصباح المنير جـ ٦ ص ٣٠
(٢) بصائر ذوى التمييز فى لطائف الكتاب العزيز جـ ٤ ص ٣٧
(٣) آية ١٨٤ من سورة البقرة .
(٤) آية ١٨٥ من سورة البقرة .

(٥) وهذا إذا كانت العدة بالكسر فأن كانت بالضم فهى الاستعداد للأمر والتهيؤ له .

المبحث الثانى

تعريف العدة فى الاصطلاح

جاء تعريف الفقهاء للعدة بما يتضمن معناها اللغوى إذا هى عند السادة الحنفية (١) " اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح أو شبهته أو الفراش وعند السادة المالكية (٢) : المدة التى جعلت دليلا على براءة الرحم لفسخ النكاح أو لموت الزوج أو طلاقه .

وعند السادة الشافعية (٣) : مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوج " .

وعند السادة الحنابلة (٤) : التربص المحدود شرعا .

ومن هذه التعريفات نستخلص أن العدة (٥) أجل مقدر شرعا عند حصول الفرقة بين الزوجين . وأنه يجب على المرأة المعتدة أن تمتنع عن الزواج ، والزينة أحيانا ، حتى ينقضى هذا الأجل فإذا انقضت عدتها انقضت آثار الزواج بينها وبين مطلقها ، وحل لها أن تتزوج بعد ممن تشاء .(٦)

---

(١) رد المحتار على الدر المختار جـ٣ ص٥٠٣ وذكر ابن عابدين ان التعريف المذكور هو لابن كمال .

(٣) مواهب الجليل للحطاب جـ٣ص١٤٠ .

(٤) شرح التحرير لشيخ الاسلام زكريا الانصارى هامش جـ ٢ص٣٢٨ من حاشية الشرقاوى عليه .

(٥) الروض المربع جـ ٢ص٣١٥

(٦) مما هو غنى عن الاشارة ان العدة فى كتب الفقه الاسلامى حظيت باهتمام كبير من الفقهاء سواء فيما يتعلق بمعرفتها أو فيما يتعلق باحكامها . نعنى

من يريد مزيدا فليرجع إلى كتب الفقه الاسلامى ، وخاصة ان هذا الموضوع ليس محل بحثى ، لأن البحث يتعلق ببعض احكامها وهى السكنى فقط .

(٧) يجرى تساؤل هنا وهو هل يجب على الرجل عدة وسبب هذا أن الرجل فى بعض الأحيان ينتظر دون أن يتزوج . وتوضيح ذلك أنه إذا أراد الرجل أن يتزوج أخت المطلقة فأنه يمنع من الزواج حتى تنقضى عدة اختها لأنها من المعلوم ان الزوجية معتبرة موجودة حكما خلال مدة العدة وإذا انتهت المدة انقضت علائق الزوجية فيحل له من يشاء . أما قبلها فيكون جامعا للأختين وهذا لا يجوز لقوله تعالى : حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الأخت وامهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فأن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم . وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفورا رحيما . وذهب بعض فقهاء الحنفية وبعض المالكية إلى جواز طلاق العدة على الرجل بل ان بعض هؤلاء قد عد كثيرا من المواضع التى ينتظم الرجل فيها دون زواج .

وقد بلغت عشرين موضوعا انظر فى ذلك البحر الرائق جـ ٤ ص ١٣٨ وحاشية الطحطاوى جـ ٢ ص ٢١٤ .

وغنية ذوى الأحكام فى بنية دور الحكام جـ ١ ص ٤٠١ وفى كتب المالكية ،كفاية الطالب الربانى المعروف بشرح الامام أبى الحسن هامش جـ ٢ ص٩٨ من حاشية العدوى عليه مع الحاشية المذكورة والتاج والاكليل لمختصر هامش جـ ٤ ص١٤٠ من مواهب الجليل .

الفصل الثانى

حكمة مشروعية العـــدة

شرعت العدة فى الاسلام لحكم كثيرة منها التعرف على براءة الرحم من الحمل حتى لا تختلط الانساب .

ومنها اتاحة الفرصة للزوج ليراجع زوجته مرة أخرى وذلــك فــى عدة الطلاق لأن الزوج عند الطلاق يكون الغضب مسيطرا علــى فكــره فيتصرف بدون ادراك وتقدير للعواقب فعسى فى هذه المدة أن يسكت عنه الغضب ويثوب إلى الرشد فيتمكن من تدارك الأمر وذلــك عــن طريــق المراجعة للزوجة أثناء العدة بلا مهر ولا عقد ان كان طلاقها رجعيــا أو يعيدها إلى عصمته بعقد جديد ومهر وهى فى العدة ان كان طلقها طلقــة بائنة صغرى .

ومنها : أن فى ايجاب العدة تعظيم عقد النكاح ورفــع قــدره واظهــاره خطره. .

ومنها : الاحتياط لحق الولد فى ثبوت نسبه من أبيه وثبوت النسب يعد من أهم الأمور بالنسبة للأنسان .

ومنها : تمكين الزوجة من الحداد واظهار أسفها على وفاة زوجها وهذا ضرب من الوفاء إذ ليس من المروءة ولا من عرفــان الجميــل زواج المرأة أثر وفاة زوجها ولو قبل دخوله بها . كما أنه ليس من اللائق بامرأة اقترنت برجل وارتبطت بأهله برابطة المصاهرة

أن تنعم بحياة زوجية جديدة فى وقت لا يزال فيه أهل زوجها فى حزن عليه . (١)

ونخلص من ذلك كله إلى أن العدة تشتمل علـــى تحقيـــق حقـــوق للزوجة والزوج وحقوق للزوج الثانى وحقوق للولـــد ورتـــب الشـــارع الحكيم على كل حق ما يناسبه من الاحكام وفوق كل ذلك حق الله تعـــالى فى طاعته وامتثال أمره .

أما حق الزوجة فيتمثل فى استحقاقها النفقة والسكنى فى مدة العدة وحق الزوج فى اتساع الوقت بالنسبة له حتى يمكن له مراجعة زوجتـــه أن أراد .

وحق الزوج الثانى : فى أن لا يسقى ماءه زرع غيره .

وحـــــق الولـــــد : فى ثبوت نسبه من أب بعينه .

وقد رتب الشارع الحكيم على رعاية حقه لزوم المســكن وأنهـــا لا تخرج ولا تخرج منه .

وحق المطلق ترتب عليه تمكينه من المراجعة .

وحق الزوجة ترتب عليه استحقاقها السكنى والنفقة .

ورتب على حق الولد ثبوت نسبه والحاقه بأبيه دون غيره .

ورتب على حق الزوج الثانى الدخول على بصيرة ورحم برئ غير مشغول بولد غيره .

---

(١) الأحوال الشخصية محمد حسين الذهبى ص ٥٩ طبع بمطبعـــة دار التـــأليف ، الطبعة الثانية .

الفصل الثالث

تقسيم المعتـــــدات

وسند هذا التقسيم هو الآيات الموجهة للعدة / إذ آيات القرآن الكريم هى التى فرقت بين كل معتدة وأخرى من حيث قدر الزمن الذى تنتظـره وذلك لاختلاف سبب الوجوب ، ولهذا يلزمنا أن نتكلم أولا فى أصل وجوب العدة .

وثانيا : فى تقسيم المعتدات طبقا لنصوص القـرآن وعلـى هـذا فكلامنا هنا يتكون من مطلبين :

المبحث الثانى : تقسيم المعتـــــدات .

المبحث الأول

الأصل في وجوب العـــــدة

والأصل فى وجوب العدة هو الكتاب والسنة والاجماع

أما فى الكتـــــاب :

فقوله تعالى " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قرو.(١)

وقوله تعالى " واللائى يئسن من المحيض من نســائكم ان اتــرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضــعن حملهن .(٢)

وقوله تعالى " والذين يتوفون مــنكم ويــذرون أزواجــا يتربصــن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا " . (٣)

واما السنة :

فقوله صلى الله عليه وسلم " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت (٤) فوق ثلاث ألا على زوج أربعة أشهر وعشرا " (٥)

---

(١) آية ٢٢٨ من سورة البقرة .

(٢) آية ٤ من سورة الطلاق .

(٣) آية ٢٣٤ من سورة البقرة .

(٤) قال فى المصباح المنير جـ١ ص ٥٨ " .. وأحدت حدا إذا فهى محد ومحدة إذا تركت الزينة " أ هـ منه .
والاحداد فى الشرع : هو ترك الطيب والزينة له تفاصيل مشهورة فى كتب الفقه (انظر شرح النووى لصحيح مسلم جـ ١٠ ص ١١١)

صحيح مسلم بشرح النووى جـ ١٠ ص ١١٢،١١١ .

وقال صلى الله عليه وسلم وآله لفاطمة بنت قيس " اعتدى عند ابن أم مكتوم " (١)

وغير ذلك من الاحاديث التى توجب العدة على المرأة من الطلاق أو الوفاة أو الفسخ .

وأما الأجماع :

فأن الأمة اجمعت على وجوب العدة فى الجملة (٢)والمعنى يشـــهد له لآن رحم المرأة ربما كان مشغولا بماء شخص وتمييز الانساب مطلوب فى نظر الشارع والعدة طريق له .

على أن العدة يجب الاعتناء بها يقول ابن عبد الســـلام المـــالكى : " ويجب الاعتناء بالعدة لأن الله سبحانه وتعالى أكد ذلك بقوله : " وأحصوا العدة (٣) على خلاف بين المفسرين من المخاطب بذلك .

هل الحكام أو المطلقون وهو الاظهر أو المطلقات . وأختار بعضـــهم أن الأمر بالاحصاء يتناول الجميع لأن لكل واحد منهم تعلقات بذلك (٤) .

---

(١) المرجع السابق ص ٩٦

(٢) المغني لابن قدامة جـــ ٧ص٤٤٨

(٣) فى آية (١) من سورة الطلاق .

(٤) مواهب الجليل للحطاب جـــ٤ ص١٤٢

المبحث الثانى

تقسيم المعتــــدات

لقد استعرضنا فى المطلب السابق آيات القرآن الكريم الدالــة علــى وجوب العدة وعلى أن العدة تختلف باختلاف سبب وجوبها .

وفى هذا المطلب نذكر أقسام المعتدات

والمعتدات ثلاثة أقسام : (١)

(١) معتدة بالحمل : وهى كل امرأة حامل من زوجها إذا فارقــت زوجها بطلاق أو فسخ (٢) أو موته عنها حرة أو أمة مسلمة أو كافرة . قال تعالى "وأولات الأحمــال أجلهــن أن يضعــن حملهن (٣) فهذه عدتها بوضع الحمل ولو بعد ساعة (٤) من طلاقها أو فسخ عقد زواجها أو موت زوجها .

---

(١) المغنى لأبن قدامة جـ٧ ص٤٤٩

(٢) وقال ابن حزم " لا عدة فى شئ من وجوه الفسخ " سواء أكانــت من نكاح صحيح أم من نكاح فاســد " انظــر المحلــى جـــ١١ ص٦٢٢ .

(٣) آية ٤ من سورة الطلاق .

(٤) وقال سيدنا على رضى الله عنه وجماعة معه فى الحامل المتوفى عنها زوجها أنها تعتد بابعد الأجلين فأن وضعت حملهــا قبــل أن يمضى أربعة أشهر وعشرة أيام انتظرت حتى تمضى تلك المدة . ولكن الجمهور على خلاف ذلك لأن آية وضع الحمل نزلت بعد آية الوفاة . فتح القدير جـ٣ص٢٧٥ بدايــة المجتهــد لأبــن رشــد جـــ٢ص١٠٤ .

(٢) معتدة بالقرء وهى كل معتدة من فرقة فى الحياة أو وطء فى غير نكاح إذا كانت ذات قرء فعدتها ثلاثة قروء لقوله تعالى : " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " (١)

(٣) معتدة بالشهور وهى كل من لا تعتد بالحمل وهى غير ذات قرء لصغر أو يأس لقوله تعالى : " واللائى يئسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن " (٢)

وذات القرء إذا ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل.

وعدة الآيسة وكل من توفى عنها زوجها ولا حمل بها ، قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة فعدتها بالشهور لقوله تعالى : " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا " . (٣)

---

(١) من الآية ٢٢٨ من سورة البقرة

(١) آية (٤) من سورة الطلاق

(٣) آية ٢٣٤ من سورة البقرة

الباب الثالث

في هذا القسم نتكلم عن حقوق الأولاد باعتبارهم ثمار الزواج ثم بعد ذلك نتكلم عن نفقات الأقارب وسأفرد كلا من هذين الموضوعين بباب مستقل به .

الفصل الأول

حقوق الأولاد

من مميزات هذه الشريعة الغراء أنها لم تترك شأنا من شئون الحياة الا وعالجته ووضعت له من القواعد ما يحقق الخير لبنى البشر ولما كان الأولاد من ثمرة العلاقة الشرعية القائمة بين رجل وامرأة وهو ما يطلق عليه اسم الزواج فأن الشريعة اثبتت لهم حقوقا من وقت ولادتهم وتختلف طبيعة هذه الحقوق باختلاف من وجبت عليه لأنها أما أن تكون واجبة على الأب وحده أو واجبة عليه وعلى الأم .

وأول هذه الحقوق التى أوجبتها شريعتنا ثبوت النسب وثبوت النسب حق للولد وللأب ويكون له وللأم حق التربية ويختص الأب فى هذا الحق الأخير بالأنفاق وتختص الأم بالرضاعة والحضانة عند تعينها لها .

وإذا كانت هذه الدائرة قد اشتملت إلى هذا الحد على حق الولد فأن فى نهايتها علامة على بدء دائرة أخرى الا وهى دائرة الحق للعصبات فى الولاية وذلك عندما يتجاوز الولد سن الحضانة فتثبت عليه الولاية على النفس وهى حق للعصبات .

ثم إذا كان لهذا الطفل مال فيقتضى ذلك توافر من يدير له هذا المال ويحافظ عليه .

وعلى هذا فسيكون كلامنا فى هذا الباب مشتملا على ما يأتى :

المبحث الأول : ثبوت النسب

المبحث الثانى : رضاعة الطفل

المبحث الثالث : حضانة الطفل

ونبدأ بعون الله وتوفيقه الكلام فى هذه الموضوعات فنقول :

المبحث الأول

ثبـــوت النســـب

ثبوت النسب حق من الحقوق التى تثبت للولد . وهو كما يكون حقا للولد يكون حقا للأب وسوف نتكلم عن أحوال ثبوت النسب والقواعد التى تنبنى

عليها أحكامه .

أولا : القواعد التى تنبنى عليها أحكامه :

القواعد التى تبنى عليها تلك الأحكام ثلاثة :

أولها : أقل مدة للحمل وأقصاها :

أقل مدة للحمل عند الائمة الأربعة وغيرهم ستة أشـــهر وذلـــك لأن سيدنا عثمان رضى الله عنه لما أراد أن يقيم الحد على المرأة التى ولدت لستة أشهر من وقت زواجها قال له سيدنا على ـــ رضى الله عنه وكـــرم الله وجهه ـــ ليس لك ذلك محتجا بقول الله تعالى : " والوالدات يرضـــعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضـــاعة " وقولـــه تعـــالى : " وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " قال الأمام على فحولان وســـتة أشـــهر . فخلى عثمان رضى الله عنه سبيلها .

وأما أقصى مدة للحمل فقيل : خمس سنين وهو قول مالك . وقيـــل أربع سنين وهو للشافعى وقال به بعض المالكية وبعض الحنابلة . وقيـــل أقصى مدة للحمل سنتان وهو رأى الحنابلة والحنفية .

ودليل الاحناف والحنابلة قول السيدة عائشة رضى الله عنها : " لا تزيد المرأة عن السنتين فى الحمل " .س

ويرى الظاهرية أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر لا تزيد على ذلك وقال الأمام محمد بن الحكم أقصى مدة الحمل سنة .

يقول الأستاذ المرحوم الشيخ أبو زهرة تعليقا علـى هـذه الاراء " "والحق فى هذه القضية أن هذه التقديرات لم تبن على النصوص بل على ادعاء الوقوع فى هذه المدد المذكورة ، وأن الاستقراء فى عهدنا الحاضر لا يجد من الوقائع ما يؤيد التقدير بخمس ولا أربع ولا سـنتين ، وأنمـا الوقائع تفيد التقدير بتسعة أشهر وقد يوجب الاحتياط التقدير بسنة ورجع بعض الفقهاء المتقدمين ذلك فقد قال ابن رشد : وهذه المسألة الرجـوع فيها إلى العادة والتجربة وقول محمد بن الحسن والظاهرية هو الأقـرب إلى المعتاد .

وكان العمل قانونا على مذهب الأحناف أى اعتبار أقصى مدة الحمل سنتين وأن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ جعل أقصى مدة الحمـل سـنة شمسية (٣٦٥) وذلك بالنسبة لسماع دعوى نفقة العدة وسماع دعـوى النسب كما تقرر ذلك بالنسبة لثبوت الآرث للحمل وثبوت الوصية له .

المدة الثانية :

النسب فى العقد الفاسد يثبت بالدخول الحقيقى فإذا لم يتبعه دخـول حقيقى فلا يثبت النسب فسبب ثبوت النسب هو الدخول الحقيقـى فمتـى

حصل دخول وجاء الولد بعد ستة أشهر فأكثر فإنه يثبت نسبه ولا يقبل النفى .

وهذا يخالف العقد الصحيح إذ أنه هو السبب فى ثبوت النسب للولد الذى يولد فى أثناء قيام الزوجية وهل يشترط الدخول مع العقد الصحيح أم يكفى الدخول ؟ اختلفت الفقهاء فى ذلك .

فقال أبو حنيفة لا يشترط الدخول ولا امكانية الدخول فالعقد الصحيح وحده سبب ثبوت نسب الولد ولو لم يلتق الرجل بالمرأة قط .

وقال أحمد فى قول له ومالك والشافعى ، يشترط امكانية الدخول مع العقد الصحيح فإذا ثبت أنه غير ممكن فأن النسب لا يثبت وقال ابن تيميه لكى يثبت النسب يشترط الدخول الحقيقى وهو ما أخذ به قانون سنة ١٩٢٩ .

القاعدة الثالثة : الزنى لا يثبت نسبا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : الولد للفراش وللعاهر الحجر .

وثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة .

ثبوت النسب بالدعوى : (١)

قال الحنفية إذا أدعى شخص نسب ولد يولد مثله لمثله وكان مجهول النسب يثبت نسبه بشرط الا ينكر أنـــه ولده من الزنى فأن ذكر ذلـــك لا يثبت .

وفى مذهب المالكية : أن ثبوت النسب بالدعوى لا يكفى فيه الا يذكر أنه من زنى بل لا بد الا يعرف كذبه بقرينة ، بأن يكون الولد مثلا لقيطـــا ولم يبين مدعى نسبه وجها معقولا ، أو كانت أم هذا الغلام زوجة غيـــره وان لم يثبت نسبه من زوجها بأن نفاه ، أو يكون ذلك الغلام محمولا من أرض ، ولم يعرف أن ذلك المدعى دخل هذه الأرض .

ولقد قال سحنون وابن القاسم وغيرهما " إذا علم أن الغلام لقيط لـــم يثبت فيه دعوى نسب لرجل الابينة بخلاف ما إذا أدعت نسبه امرأة فـــأن أثبتت قال أنه يقبل قولها وان ادعت أنه من الزنى لأن ولد الزنى يثبـــت نسبه من أمه وان كان لا يثبت نسبه ممن زنى بها " .

واثبات النسب قد يكون فى اثناء فراش الزوجية أو فى العدة أ، فـــى النكاح الفاسد أو الوطء يثبته وفى هذه الصور جميعا يلاحـــظ أن هنـــاك سببا قد ارتبط النسب به .

وسنبدأ الكلام عن كل واحد من ذلك

---

(١) راجع فى هذا المصدر وهو الأحوال الشخصية للأمام أبى زهرة ص ٤٥٥ .

ثبوت النسب في الدخول بشبهة :

إذا كان سبب النسب دخولا بشبهة وأتت بالولد حيا لا قل من ستة أشهر من وقت الدخول لا يثبت النسب لأن الحمل كان موجودا قبل الدخول . أما أن أتت به بعد ستة أشهر فأن النسب يثبت ولا يقبل النفى ولو باللعان لأن شرط اللعان الزوجية الصحيحة كما جاء فى قوله تعالى : " والذين يرمون أزواجهم " فاللعان خاص برمى الزوج لزوجته والنكاح الفاسد لا تعتبر فيه المعقود عليها زوجة بأى حال من الأحوال .

والمعتدة من الدخول بشبهة سواء كان فى عقد أم فى غير عقد حكمها من حيث ثبوت النسب حكم المعتدة من طلاق فى زواج صحيح .

ثبوت النسب حال قيام الزوجية :

لكى يثبت النسب حال قيام الزوجية يشترط أن لا يكون الطفل قد ولد لا قل من ستة أشهر الا إذا ادعاه الزوج ولم ينف بالزنى . فإذا كان لستة أشهر يثبت النسب بشروط ثلاثة :

(١) أن يتصور الحمل من الزوج فإذا كان صغيرا لا يتصور منه الحمل لا يثبت النسب .

(٢) أن لا ينفيه نفيا معتبرا ويكون النفى معتبرا إذا لم يسبق منه ما يدل على الأقرار بالولد .

وإذا نفى الولد نفيا معتبرا عليه أن يلاعن فإذا تم اللعان انتفى نسب الولد عنه فى الأمور التى ليست حقا لله سبحانه وتعالى.

(٣) ألا يثبت أنه لم يلاق زوجته مدة سنة ولدت فورها . أو يثبت أنه لم يلتق بها قط فانه فى هذه الحال لا تسمع دعوى النسب وهذا الشرط مأخوذ من القانون رقم ٢٥ نسنة ١٩٢٩ .(١)

ثبوت النسب فى حالة العدة :

المعتدة التى تلد ولدا لا قل من ستة أشهر من وقت الزواج لا يثبت نسبه الا بدعوى الزوج لأن نزوله حيا قابلا للحياة قبل ستة أشهر من الزواج دليل على أنها كانت حاملا به قبل الزواج .

وإذا أتت به لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج فأن الحكم يختلف باختلاف العدة .

فمن كانت معتدة من طلاق وهى من ذوات الأقرار وأقرت بانقضاء عدتها ولم تكن رأت حملا ثم جاءت بولد بعد ذلك فأن كان لأقل من ستة أشهر من وقت الأقرار ثبت النسب ويعتبر اقرارها بانقضاء العدة كذبا .

وان جاءت به لستة أشهر فأكثر من وقت الأقرار لا يثبت نسبه لعدم القطع بكذبها .

فأن كانت لم تقر بانقضاء عدتها فأن كان الطلاق بائنا فأن النسب لا يثبت إذا أتت به بعد سنتين من وقت الطلاق أما أن أتت به لسنتين فأقل ثبت نسبه لأن هذه المدة أقصى مدة الحمل .

---

(١) انظر الأحوال الشخصية للأمام أبى زهرة ص ٤٥٦ وما بعدها .

والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ منع سماع الدعوى لأى معتدة أن جاءت بالولد لأكثر من سنة شمسية ٣٦٥ يوما .

وإن كان الطلاق رجعيا :

ففى هذه الحالة أما أن تقر المطلقة بانقضاء عدتها أولا ، فأن لم تقر بانقضاء عدتها فأن النسب يثبت فى أى وقت تجئ به الا إذا تحولت عدتها إلى أشهر . وأنما قيل بثبوت النسب فى أى وقت لأن المطلق له أن يراجعها وأن الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ويحتمل أنه راجعها وهذا الاحتمال يثبت به النسب عند الحنفيه .

والمعتدة بالأشهر مثل المعتدة بالأقراء أن كانت المعتدة بالأشهر آيسة لأن حملها بعد ذلك دليل على أن عدتها بالأقراء وأما ما كان من اعتدادها بالأشهر فهو خطأ فى التقدير .

أما إذا كانت لم تحض قط وادعت حملا فى اثناء العدة فتصدق إلى سنتين فى الطلاق البائن . ويثبت النسب من غير عدة فى الطلاق الرجع

والمعمول به قانونا عدم سماع الدعوى فى النسب إذا أتت به لأكثر من ٣٦٥ يوما من وقت الطلاق أيا كان نوعه وأن لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حملا فلا يثبت النسب الا إذا أتت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق لأن مضى ثلاثة أشهر عدتها .

ما لم يثبت يقينا أنها قبل انتهائها كانت حاملا وهذا لا يكون الا بالولادة قبل مضى تسعة أشهر . هذا مذهب بعض الأحناف وبعضهم يرى

أن النسب يثبت أن أتت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق البائن وأما فى الطلاق الرجعى فيثبت إذا أتت به لأقل من ٢٧ شهرا لأنه يحتمل أنه راجعها فى أثناء العدة وحملت به وأقصى مدة الحمل وهى سنتان ومثل هذا الأحتمال يكفى لثبوت النسب .

وقد ذكر أستاذنا الفاضل الشيخ أبو زهرة رحمه الله تعالى خلاصة هذا الموضوع فقال : " وخلاصة القول بالنسبة لثبوت نسب المطلقة والمتوفى عنها زوجها أنها إذا كانت معتدة من طلاق أو وفاة ، فأنها لا تسمع دعوى ثبوت النسب عند انكاره الا إذا كانت قد أتت به فى مدة ٣٦٥ يوما من وقت الطلاق أو الوفاة .

وعلى ذلك إذا أقر المدعى عليه بثبوت النسب فانه تسمع الدعوى ولو كانت لأكثر من ذلك .

ويثبت النسب من غير اقرار ما دامت الولادة فى دائرة المدد المقررة فى الفقه . فيثبت النسب إذا كانت المدة المقررة فى الفقه الحنفى دون الستة ويبطل ادعاؤه فى أكثر منها ، وترفض الدعوى لا لمظنة التزوير بل لمخالفة الأحكام الفقهية .

وان كانت المطلقة لا عدة لها فلا يثبت نسب ما تأتى به الا إذا جاءت به لا قل من ستة أشهر من وقت الطلاق لأن ستة الأشهر أقل مدة الحمل ، فإذا جاءت به حيا قابلا للحياة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق دل هذا على أنها حملت به على فراش الزوجية الصحيحة فيثبت

النسب ما لم يثبت بدليل قاطع أنه لم يلتق بها قط فأنه فى هذه الحـــال لا تسمع الدعوى به عند الأنكار تطبيقا للقانون .

هذا ويلاحظ أمران :

(أحدهما) أنه إذا ثبت أن الولد قد ولدته من ستة أشهر من الزواج فأنه لا يثبت نسبه أن كان من ولدته طلقت قبل الدخول ، كما لم يثبت فى غيرها .

(ثانيهما) أن المعتدات أن اتين بولد ثبت أنه جاء بعد غيبة الـــزوج عنهن سنة ، فأنه لا تسمع الدعوى عند الانكار بمقتضـــى قـــانون ســـنة ١٩١٩ .

اللقيـــط

وهو المولود الذى لا يعرف له أهل ويوجد منبوذا فى الطرقـــات أو فى الاماكن التى تبتعد عن أعين الناس . وايواء اللقيط قد يكون فـرض كفاية وقد يكون فرض عين .

فيكون فرض كفاية إذا تعدد العالمون به ولم يغلب عليه الهلاك فأن علب وكان الهلاك عند تركه كان الهلاك على من رآه .

ويكون فرض عين إذا غلب فأن الهلاك عند تركه على من رآه .

وفى هذه الحالة يجب التقاطه ويحرم على من رآه أن يتركه وهـــو أحق بأمساكه وليس لأحد من الناس أن ينزعه منه .

صاحب الحق فيه :

وقد يرى اللقيط اثنان فأن تنازعا عليه فأن كانا مسلمين فالقاضى هو الذى يرجح أحدهما على الآخر .

أما أن كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فالمسلم أولى به .

دين اللقيـــط :

اللقيط (من حيث كونه مسلما أو غير مسلم) مسلم حر لأن الـــدار التى يوجد فيها دار اسلام . ولا يكون ذميا الا إذا وجده ذمى فى ناحيتهم التى لا يوجد فيها مسلمون .

مـــال اللقيـــط :

وما وجد مع اللقيط من أموال فهى للقيط ينفق عليه بأذن القاضـــى لأن الولاية على اللقيط ولاية حفظ .

وفى هذا فلو انفق الملتقط على اللقيط بدون أذن من القاضى أو من ماله الخاص فهو ضامن لما انفقه فى الحالة الأولى ومتبرع فى الثانية .

ويشترى الملتقط للقيط كل ما يلزمه ويدفع له أجرة المعلـم وينتقـل اللقيط مع الملتقط حيث انتقل .

وإذا لم يكن للقيط مال ولم يتبرع أحد من الناس بالأنفاق عليه وجب على ولى الأمر الأنفاق عليه لأن ذلك من الضرورات .

نسبـــه :

وإذا أقر أحد بنسب اللقيط ثبت نسبه ممن ادعاه بمجرد ادعائه مـــن غير توقف على بينة وهذا استحسان مرده إلى اعتبار مصـلحة اللقـيط نفسه إذ من الخير له أن يكون له نسب .

ويجب أن تتوافر شروط الأقرار ولو كان المقر غير مسلم وان كـــان اللقيط يعتبر مسلما بحكم الالتقاط .

ولو أدعت اللقيط امرأة ذات زوج صحت دعواها إذا صدقها الزوج أو شهدت بذلك القابلة أو أقامت البينة على دعواها .

فأن لم يصدقها الزوج ولم تشهد القابلة ولم توجـد بينـــة لا تقبـل دعواها لأن فى ذلك تحميل النسب على الغير .

فإذا لم يكن للمرأة المدعية زوج وأقامت البينة بأن أشهدت رجلين أو رجلا وامرأتين ثبت نسبه منها . وهذا الحكم يختلف عن دعوى الرجل إذ أنه يثبت النسب بمجرد الادعاء لأن القبول هنا لمصلحة اللقيط كما تقدم .

وبعض المذاهب كالمالكية يرون أنه ينبغى أن يبين المقر وجها شرعيا للأقرار .

وقد جاء فى حكم لمحكمة النقض أن : " نسب اللقيط يثبت بمجرد الدعوى وهى الأقرار " .(١)

وقد اعتبرت المحكمة أن مجرد الدعوى يثبت به نسب اللقيط أو أن الدعوى كما جاء فى الحكم السابق هى الأقرار بالنسب وعلى هذا فتكون المحكمة أخذت بما جاء فى مذهب الأحناف ثم أن المحكمة كما جاء فى بعض أحكامها لم تعتبر أن قيد الولد بدفاتر الملجأ بأسم ولقب معين يفيد أنه معلوم النسب لأن هذا من قبيل التمييز للأشخاص عملا بقانون المواليد الذى أوجب اطلاق اسم ولقب على حديث الولادة . (٢)

---

(١) نقض ٢٦ ٣٩/ من ١٩٧٣/١٢/٥ س٢٤ص١٢٢٣.

(٢) نقض ٤٣/٢ى ١٩٧٦/٣/١٠ ٢٧٠ .

المبحث الثانى

الرضاعـــــــة

تكلمنا قبل ذلك فى الرضاعة من ناحية كونهـا سـببا مـن أسـباب التحريم . ونتكلم هنا عن الرضاعة من حيث كونها حقا للطفل .

وهنا نذكر مذاهب الفقهاء فى هذه المسألة والراجح فيها فنقول وبالله تعالى التوفيق .

مذهب المالكية :

أن الزوجة التى هى فى عصمة أبى الرضيع والمطلقة الرجعية عليها رضاع ولدها بلا أجر لأنه عرف المسلمين فى كل الأمصار علـى تـوالى الأعصار فى كل حال .

ويرى المالكية أن العالية القدر أى التى من أشراف الناس لها الأجرة من مال الأب ثم من مال الولد ومثلها فى استحقاق الأجر وعدم الوجوب ، المطلقة بائنا نخلع أو بت أو انقضاء عدة طـلاق رجعـى فـلا يلزمهـا الأرضاع ولو غير شريفة ، وأن أرضعت فلها الأجرة فى كل حال .

وقد أجمعوا على أن المرأة التى لا يلزمها الا رضاع يكـون واجبـا عليها ارضاع الصبى إذا لم يقبل غيرها سواء أكان أبوه غنيا أم لا ولهـا الأجرة .

ويلزمها الأرضاع أيضا إذا كان أبوه معدما ولا مال للصبى يدفع منه أجرة غيرها .

وعلى هذا فالمرأة المطلقة بائنا أو المطلقة رجعيا وانتهت عدتها يلزمها ارضاع ولدها إذا لم يقبل غيرها أو قبل غيرها ولكن لم يكن هناك مال للصبى والأب افتقر أو مات .

فإن كان للصبى مال فلها الأجرة منه .

وإذا قبل الصبى غير الأم ولها مال ولا مال للأب ولا للولد استأجرت من مالها من ترضعه سواء أكانت عالية القدر أم لا وسواء أكانت مطلقة طلاقا بائنا أم رجعية أم غير مطلقة أن لم يكن لها أى الأم لبان أو لم يكفه اللبان .

وتجب أجرة المثل (١) للأم التى لا يلزمها الا رضاع حتى لو وجد الأب من ترضعه عندها مجانا على الأرجح فى مذهب المالكية .

وقد جاء فى كتب المذهب ما نصه " قولها قلت فأن قالت بعدما طلقها البته لا أرضعه الا بمائة ووجد من ترضعه بخمسين قال : قال مالك رضى الله تعالى عنه هى أحق به بما يرضعه به غيرها يريد بأجرة مثلها وقاله بعض القرويين وإليه رجع أبن الكاتب وهو الصواب وسواء وجد من ترضعه عند الأم أم لا لأنها وأن كانت عندها هى التى تباشره بالرضاع

---

(١) ظاهره وجوب اجرة المثل عليه أنها تلزمه ولو زادت على قدر ما معه .

والمبيت وذلك تفرقه بينه وبين أمه ولذلك كانت الأم أحق به بأجرة مثلها وهذا أبين عياض ويشهد له قوله آخر الكتاب إذا وجد من ترضعه عندها أى الأم وهو موسر لم يكن له أخذه وعليها رضاعة بما يرضعه به غيرها ويجيز الأب على ذلك أهو قوله بما يرضعه به غيرها هو أجرة المثل كما قال ابن يونس والله سبحانه وتعالى أعلم وأعلم انتهى (١).

ومذهب الأحناف :

الأم لا تجبر على ارضاع ولدها الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر عليه . ودليلهم هو قوله عز وجل " لا تضار والدة بولدها " أى لا تضار بالزام الأرضاع مع كراهتها . وقوله تعالى فى المطلقات " فأن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن " .

ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى جعل أجر الرضاع على الأب لا على الأم مع وجودها فدل على أن الرضاع ليس على الأم .

وقوله تعالى " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف " أى رزق الوالدت المرضعات . فأن أريد به المطلقات ففيه أنه لا ارضاع على الأم حيث أوجب بدل الأرضاع على الأب مع وجود الأم وأن أريد به المنكوحات كان المراد منه والله عز وجل أعلم ايجاب زيادة النفقة على

---

(١) شرح منح الجليل على العلامة خليل جـ٢ص٢٤٤ طبعة مكتبة النجاح بسوق الترك طرابلس ليبيا .

الأب للأم المرضعة لأجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحة من غير ولد ولأن الأرضـــاع انفـــاق على الولد ونفقة الولد يختص بهـا الوالـد لا تشاركه فيها الأم كنفقته بعد الاستغناء فكما لا تجب عليهـا نفقتـه بعـد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو ارضاعه .

وعلى هذا فالأحناف لا يوجبون الأرضاع على الأم عند عدم وجـود من ترضعه وهذا فى القضاء .

أما فى الفتوى فقد نصوا على أنه مفتى بأنها ترضعه لما تقدم مـن قوله تعالى (لا تضار والدة بولدها) لكن على تأويل آخر وهو الا تضـار بولدها بأن ترميه على الزوج بعد ما عرفها وألفها ولا ترضعه فيتضـرر الولـد وإذا تضرر الولد تضرر الوالد لأنه يتألم قلبه بذلك وقد قـال الله تعالى : " ولا مولود له بولد " .

والأحناف يقولون بأولوية الأم عند التنازع على ارضاعه بينها وبين أجنبية لأن الأم أشفق عليه ولأن انتزاع الولد منها اضرار بها والأضرار منهى عنه بالنص كما تقدم .

وقالوا أن الأب لو وجد أجنبية ترضعه بدون أجر أو بأجر أقل مـن أجر الأم فله أن يرضعه عند الأجنبية .

وحددوا المستحقات للأجر من الأمهات بالمطلقات بائنا على بعـض الروايات عندهم لأن النكاح قد زال بالابانة فصارت كالأجنبية .

وهذا فى المبتونة التى لم تنته عدتها أما المبتوتة التى انتهت عدتها والرجعية التى انتهت عدتها لها الأجرة عند عدم وجود من ترضعه مجانا أو بأجر أقل كما تقدم .

والزوجات المنكوحات والمطلقات رجعيا وهن فى العدة لا أجرة لهن على الأرضاع لأن أجر الرضاع يجب لحفظ الصبى وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تجعل لها . أما لو استأجرها على ارضاع ولده من غيرها جاز لأن ذلك غير واجب عليها فلم يكن أخذها الاجرة منه على ذلك لفعل واجب عليها وأيضا لأن المنفعة التى تعود من ارضاع ولده من غيرها لا تعود الا على الأب وعليها فلها الا تسكنه معها .

وعند ارضاع الأجنبية للولد يجب أن ترضعه عند الأم ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالأم ... (١)

<u>مذهب الحنابلة :</u>

" وليس للأب منع المرأة من رضاع ولدها إذا طلبت ذلك " قال صاحب المبدع إذا طلبت الأم رضاع ولدها بأجرة مثلها ولو أرضعه غيرها مجانا فهى أحق به سواء كانت تحته أو بائنا منه لقوله تعالى " والوالدات يرضعن أولادهن " وهو خبر يراد به الأمر وهو عام فى كل والدة لقوله

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٥ ص ٢٢٥٢ وما بعدها .

تعالى فأن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن " ولأنها أشفق وأحق بالحضانة ، ولبنها أمرا وقيل بلى فى حباله كخدمته نص عليها .

وقالوا : " فأن طلبت أكثر من أجر مثلها ووجد من ترضعه متبرعة أو بأجرة مثلها جاز انتزاعه منها لقوله تعالى : " وان تعاسرتم فسترضع له أخرى " .

ونقل أبو طالب : هى أحق بما يطلب به من الأجرة لا بأكثر .

وفى المنتخب " أن استأجرها من هى تحته لرضاع ولده لم يجز لأنه استحق نفعها كاستئجارها للخدمة شهرا وأن لم يجد مرضعة الا بتلك الأجرة فالأم أحق .

قال صاحب المقنع " وأن امتنعت من رضاعة لم تجبر " وجاء فى شرح هذه العبارة ، إذا كانت مفارقة لا نعلم فيه خلافا وكذا أن كانت فى حبال الزوج فى قول أكثرهم لقوله تعالى : " وأن تعاسرتم الآية وأن اختلفا فقد تعاسرا ولأن الأجبار على الرضاع أما أن يكون لحق الولد أو الزوج أولهما . لآ يجوز أن يكون لحق الزوج فأنه لا يملك اجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به ، ولا لحق الولد لأنه لو كان له للزمها بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده كالنفقة ، ولا يجوز أن يكون لهما ، لأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حال الاتفاق وعدم التعاسر .

وأوجب الحنابلة الأرضاع عليها إذا لم توجد مرضعه سواها أو وجدت لكن لم يقبل الصغير الارتضاع من غيرها ، لأنه حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها كما لو لم يكن له أحد غيرها . والمدة التى تجب فيها الأجرة عندهم هى الحولان فما زاد على الحولين فلا يجب عليه أجرة لأنه زائد على الكمال .

وللزوج منع المرأة عند زواجها من رضاع ولدها مطلقا لأن عقد النكاح يقتضى تمليك الزوج من الاستمتاع فى كل الزمان سوى أوقات الصلوات فالرضاع يفوت عليه الاستمتاع .

فكان له منعها كالخروج من منزله الا أن يضطر إليها فأنه حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها .

ولو استأجرها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولا يملك الزوج فسخ الاجارة ولا منعها من الرضاع حتى تمضى المدة لأن منافعها ملكت بعقد سابق . وللزوج الثانى وطؤها ما لم يفسد اللبن فأن فسد فللمستأجر فسخ الأجارة والأشهر تحريم الوطء فأن شرط فى عقد النكاح أنها ترضعه فلها شرطها .

<u>ويؤخذ مما تقدم :</u>

أن المرأة إذا لم يقبل الولد غيرها يلزمها ارضاعه : مليا كان أبوه أم لا مطلقة أم لا ، ولم ينازع فى ذلك أحد من أهل العلم .

ولا تجبر على ارضاعه إذا كانت شريفة أى ممن ليس شأنهم ارضاع أولادهم . وأن الشريفة ان ارضعت فلها الأجرة من مال الأب ثم من مال الولد ومثلها فى وجوب الأجرة لها وعدم الجبر على الارضاع المطلقة بائنا بخلع أو بت أو انقضاء عدة رجعى .

أما إذا كانت غير شريفة فتجبر على ارضاع ولدها ولا أجرة لها على ذلك (هذا عند المالكية) .

ولم يفرق غير المالكية بين الشريفة وغيرها كما تقدم أما غير المالكية فلانهم يقولون لا تجبر الأم على ارضاع ولدها ولم يجعلوا لها أجرة أن كانت فى عصمة الزوج أو مطلقة رجعيا لم تنته عدتها ولها الأجرة إذا كانت مطلقة مبثوته أو رجعية أنتهت عدتها ونص الاحناف على أن هذه الأحكام يؤخذ بها فى القضاء أما ديانة فيقضى بأنها ترضعه والفرق هو أن القاضى لا يجبرها لكنها تأثم شرعا .

والقول بعدم الجبر على الأرضاع إذا كانت فى حبال الزوج هو قول أكثر الحنابلة وذهب فريق آخر منهم إلى القول بجبرها على الارضاع أن كانت فى حبال زوجها . أما الأم التى فارقت زوجها فليس هناك خلاف فى مذهبهم فى عدم الجبر على ارضاعه أن امتنعت .

ومن ناحية الأجرة على الأرضاع عند الحنابلة فلها الأجرة على الأرضاع على من تلزمه نفقته وأجرتها تقدر بأجرة مثلها وليس هناك

خلاف فى أن الأم إذا أرضعت استحقت الأجرة سواء أكانت فى عصمة زوجها أو مطلقة بائنا عند الحنابلة .

وهل الأم أولى إذا طلبت أجرة مثلها ووجد الأب من يأخذ أقل منها أو لا تأخذ شيئا ؟

الأحناف يقولون : إذا وجد الأب من ترضعه بغير أجر أو بأقل من ذلك فذلك له وعليه فتكون الأجنبية أولى من الأم بارضاعه لأن فى الزام الأب بما تطلبه الأم اضرارا بالأب . وحتى لا تضار الوالدة بمفارقة ولدها قالوا ترضعه الأجنبية عند الأم ولا يفرق بينهما لما فى التفريق من الحاق الضرر بالأم .

والحنابلة فرقوا بين طلب الأم أجرة مثلها وبين طلبها أكثر من أجر مثلها . ففى الحالة الأولى الأم أحق لأنها أشفق ولبنها امرأ وفى الحالة الثانية طلبها أكثر من أجر مثلها يجوز للأب انتزاع الولد من الأم وارضاعه عند الأجنبية المتبرعة أو الأجنبية التى طلبت أجر المثل .

وهذا على خلاف ما نص عليه أبو طالب إذ أنه قال الأم أحق بما تطلبه من الأجرة لا بأكثر فكأنه يرى أن الولد لا ينزع ولا تعطى الأم أكثر من أجرة مثلها .

ورأى أبى طالب يوافق ما نقله ابن يونس عن مالك رضى الله عنه وهو الذى قاله بعض القرويين عنه وهو الرأى الذى صوب فى مذهبهم .

وهذا الرأى هو الذى يترجح فى نظرنا ، لأنه يحقق مصـلحة لـلأم ومصلحة للصغير وليس فيه اضرار بالأب .

أما مصلحة الأم فهى فى بقاء الولد تحت يدها بأجرة أمثالها لأنها هى التى تباشر الأرضاع والبيت ولن يكون هناك ضرر عليها فى عدم الالتفات إلى الزيادة التى طلبتها لأنه يوجد غيرها يمكن أن ترضع بأقل مما تأخذه الأم أو مجانا .

ومصلحة الصغير تكمن فى كون الأم أشفق عليه من غيرها كمـا أن لبنها أمرأ فلا اضرار به فى وجوده مع أمه بعكس ما لو كانت المرضـعة غيرها .

أما كون ذلك لا يوجد فيه اضرار بالأب لأن الأرضاع مما يلزم الوالد لولده كالنفقة لأنه حال ضرورة وحفظ لنفس الولد . والأم أولى بذلك والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم بمراده حيث قال " لا تضار والدة بولدها " أفلا يكون أخذ الولد من الأم لترضعه الأجنبية اضرارا بها ؟ لا شك أن فى ذ اضرارا بها . وأما ما يمكن ان يقال أن الآية قالت : " ولا مولود له بولده " فيجاب عنه والله أعلم بأن الأضرار للأب فى الولد لا يكون بدفع أجـرة المثل للأم مع وجود المتبرعة ولكن يكون بأمتناع الأم عن الأرضاع للولد أو بكل ما يعتبر تفريطا فى الولد وهذا ما ذكره الكاسانى حيث قال ما نصه " وقد قال الله تعالى : "ولا مولود له بولده كذا قيل فى بعض وجوه التأويل " (١)

---

(١) البدائع جـ ٥ ص٢٢٥٣

ومما لا شك فيه أن ارضاع الأم لا يوجد فيه اضرار بالمولود وارضــاع الأجنبية مع امكان ارضاع الأم فيه اضرار بالأم وبالمولود فيكون مــذهب مالك ورأى أبى الخطاب من الحنابلة هو الأرجح والله أعلم .

والمدة التى تنتهى عندها الرضاعة هى تمام الحولين وهذا ما نص عليه القرآن الكريم إذ قال الله تعالى شأنه " والوالدات يرضعن أولادهــن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة " فما زاد عن ذلك زائــد علــى الكمال فلا يلزم وهذا فى حق الأجرة ولا يفطم قبل تمــام الحــولين الا إذا تراضى الوالدان على ذلك ولم يتضرر الولد . وجاء فى مذهب الحنابلة ما نصه وفى الرعاية " (هنا يحرم رضاعه بعدهما ولو رضيا وظاهر عيون المسائل " اباحته مطلقا " .

والظاهر هو أن الحولين هو تمام الارضاع بالنسبة للأجرة للأم وهذا مما يتفق عليه الاحناف فلا تستحق أجرة رضاع لأكثر من ســنتين فــأن أرضعته بعد السنتين فلا أجرة لها على ذلك أما الأرضاع بغير أجرة فالأمر متروك تحكمه طبيعة الرضيع نفسه فلو احتاج للأرضــاع فأرضــعته الأم فهى متبرعة بذلك ويكون الكلام هنا على الغالب الكثير والله أعلم .

وإذا كانت المرضعة اما فلها الأجرة حتى مع عدم الاتفاق على الأجرة وهذا بخلاف ما إذا كانت المرضعة أجنبية والتى تسمى ظئرا فأن الأجرة لا تتقرر الا بالأتفاق على الأرضاع بأجرة ذلك أن الأم لا تستطيع أن تتــرك ولدها جائعا حتى تتفق على الأجرة مع أبيه ... بخلاف الأجنبية فلا شفقة

عندها تحملها على ارضاعه قبل الاتفاق والظئر إذا انتهت المدة المتفــق عليها على ارضاع الصغير ولم يقبل غيرها تجبر على ارضاعه .

وتجبر المتبرعة على ارضاعه ، بأجرة المثل إذا لم يقبل غيرها بعد أن تنتهى مدة العقد ، لأن فى عدم استمرار الارضاع تعــريض الصــبى للهلاك وهذا اضرار منهى عنه شرعا .

والله أعلم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

المبحث الثالث

الحضانـــــــة

الحضانة لغة ، الضم ، والحضن هو الجنب أو الصدر والسديان وما بينهما .

يقال حضن الطائر افراخه إذا ضمها تحت جناحه ، وحضـــنت الأم طفلها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها .

والحضانة تأتى بفتح الحاء وكسرها .

والحضانة فى اصطلاح الفقهاء : لا يوجد خلاف بين الفقهاء حول التعريف الاصطلاحى الحضانة لأنهم اتفقوا على أنها خصت شرعا بتربية الولد ومراعاة مصالحه ممن له الحق فى ذلك .

وفى هذا المبحث سوف نتكلم عن أصحاب الحق فـــى الحضـــانة . شروط الحضانة ، نفقة الحاضنة .

أولا : أصحاب الحق فى الحضانة :

لا يوجد ثمت خلاف فى الفقه الاسلامى على أن الأم أحق بحضـــانة الولد لأنهم أوجبوا أن يقدم الاقرب فالأقرب من النساء ذات الرحم المحرم والأم أقرب النساء إلى الأبن .

ثم تكون الحضانة لأم الأم وأن علت ثم أم الأب لأن الجدتين اســـتوتا فى القرب لكن احداهما من قبل الأم وهى أولى لأن هذه الولاية مســـتفادة من قبل الأم وهى أولى لأن كل من تدلى بقرابة الأم تكون أولى .

ثم الأخوات وأم الأب أولى من الأخت لأن لهـا ولادة فكانـت أحـق بالولاية فتكون أشفق من الأخوات .

وأولى الأخوات الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخـت لأب وأنمـا رجحت الشقيقة لأنها تدلى بقرابتين ورجحت الأخت لأم لأنها تدلى بقرابة الأم ـ فكانت أولى من الأخت لأب .

وقد اختلف الأحناف فى الأخت لأب مع الخالة أيتهما أولى ؟

محمد وزفر قالا أن الخالة أولى وهذا القول مروى عن أبى حنيفة فى كتاب النكاح ، وروى عن أبى حنيفة فـى كتاب الطلاق أن الأخـت لأب أولى ، وسند من قال أن الخالة أولى هو ما روى أن بنت حمزة لما رأت عليا كرم الله وجهه ورضى عنه تمسكت به وقالت ابـن عمـى فأخـذها فاختصم فيها على وجعفر وزيد بن حارثة رضى الله عـنهم فقـال علـى رضى الله عنه بنت عمى وقال جعفر بنت عمى وخالتها عندى وقال زيـد بن حارثة رضى الله عنه بنت أخـى آخيت بينى وبين حمزة يا رسول الله (صلى الله عليه وسلم) .

فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لخالتها ، وقال صلى الله عليه وسلم الخالة والدة .

فالنبى صلى الله عليه وآله وسلم سمى الخالة والدة فكانت أولى .

ووجهة رأى من ذهب إلى أن الأخت لأب تقدم على الخالة هو أن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فتكون الأخت لأب أقرب فهى أولى .

وبنت الأخت لأب وأم أولى من الخالة لأن أمها مقدمة عليها وكذلك بنت الأخت لأم .

أما بنت الأخت لأب فعلى رواية من قال ان الأخت لأب أولى من الخالة تكون بنتها كذلك أولى وعلى رواية من قال ان الخالة أولى من الأخت لأب فتكون الخالة أولى كذلك من بنت الأخت لأب .

لا يختلف الاحناف فى تقديم الخالات على بنات الاخ لأنهن يدلين بقرابة الذكر بخلاف الخالات فأنهن يدلين بقرابة الأم فكانت أولى . وبنات الأخ أولى من العمات لأن بنات الأخ ولد الأب والعمة ولد الجد فتكون بنت الأخ أقرب فكانت أولى .

ثم الخالات أولى من العمات وأن تساوين فى القرب لأن الخالات يدلين بقرابة الأم فكن أشفق من العمات لأنهن يدلين بقرابة الأب .

ثم عند الترتيب بين الخالات تقدم الخالة لأب وأم لأنها تدلى بقرابتين .

ثم الخالة لأم لأدلائها بقرابة الأم ثم الخالة لأب ثم العمات .

وقد ذكر الحسن بن زياد فى كتاب الطلاق ان أم الأب أولى من الخالة قول أبى يوسف .

وقال زفر الخالة أولى لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال " الخالة والدة " .

أما أبو يوسف فيستند إلى أن أم الأب لها ولادة والولاية فى الأصل مستفادة بالولاد .

واولى العمات العمة لأب وأم ، لأنها تدلى بقرابتين ثم العمة لأم ـ لأتصالهما بجهة الأم ثم العمة لأب .

ولما كانت الحضانة مبناها الرحم المحرم فلا حق لبنات العم والخال والعمة والخالة فى حضانة الذكور لعدم المحرمية ولهن الحق فى حضانة الاناث وكذلك لاحق لبنى الخال والخالة والعم فى حضانة الانثى ولكن لهم الحق فى حضانة الذكور .

وهذا الذى ذكرنا تحت عنوان صاحب الحق فى الحضانة أنما هو ترتيب الفقه الحنفى وهو الذى آخذ به القانون . فقد جاء (فى المادة ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية الجديد الصادر برقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩) ويثبت الحق فى الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى :

الأم ، فأم الأم وأن علت ، فأم الأب وأن علت ، فالأخوات الشقيقات ، فالأخوات لأم فالأخوات لأب ، فبنت الأخت الشقيقة فبنت الأخت لأم ، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات ، فبنت الأخت لأب (١) فبنات الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور فعمات الأم بالترتيب المذكور فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء ، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الأستحقاق في الأرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة .

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي :

" الجد لأم ، ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ، ثم الخال الشقيق ، فالخال لأب ، فالخال لأم " . (٢)

وجاء في المذكرة الأيضاحية لهذا القانون أن الترتيب للحاضنات والحاضنين من العصبة وذوي الأرحام على نحو ما هو مقرر في النص وما هو جار به العمل وفقا لفقه المذهب الحنفي .

يبقى أن نتكلم عن مسألة يكثر ارتباطها بهذا الموضوع وهي مسألة امتناع الأم عن حضانة طفلها أو تنازلها لغيرها . والكلام في هذه المسألة يرتبط أساسا بكون الحضانة حقا خالصا للحاضنة أم أنها حق

---

(١) جرى القانون هنا على الرواية التي رويت عن بنت الأخت ولكن لم يأخذ بقول من قال ان الخالة تقدم على الأخت .

(٢) قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ص ١١،١٢.

للولد . ذلك أن بعض الفقهاء كالشافعى والأمام أحمد والثورى قـالوا أن الحضانة حق خالص للحاضنة وهذا القول روى أيضا عن المالكية .

والسادة الحنفية اختلفوا : بعضهم قال : أن الحضانة حـق للولـد . وهذا القول روى أيضا عن المالكية .

والبعض الآخر من الأحناف قال : أن الحضانة حق للولد وللحاضنة وهو الصحيح عندهم .

وعليه فتجبر الأم على حضانة طفلها ما دامت خالية من الموانع على القول بأن الحضانة حق للولد ولا تجبر على القول الثانى .

وقد ترتب على ذلك ما يأتى :

(١) إذا خالعت زوجها فى مقابل ترك الحضانة لولـدها . فـالخلع صحيح لكن لا يسقط حقها فى الحضانة لأن الحق ليس خالصا لها بل للطفل فيه حق . وهذا على القول الـذى ذهـب إليـه الأحناف من أن الحضانة حق للأم وللطفل .

(٢) إذا صالحت زوجها على ترك حقها فى الحضـانة. فالصـلح باطل لأن الصلح فى مقابل لا تملكه بل هو حق غيرها وهـو الولد .

(٣) للقاضى جبر الأم على الحضانة إذا لم تكـن هنـاك غيرهـا مستوفية للشروط . (١)

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ المرحوم أبو زهرة ص ٤٨٢،٤٨٣.

وقد جاء فى أحكام المحاكم ما يؤيده .

ففى حكم لمحكمة القاهرة الصادر فى ١٦ أبريل ١٩٥٦ والمنشور بمجلة المحاماة لسنة ٣٧ ص ٢٠٢ " أن الفقه الحنفى الذى تتقيد المحكمة بالحكم وفقا لا رجح الأقوال فيه ما دام لا يوجد نص فى اللائحة أو فى قانون المحاكم الشرعية لا يعرف دور الحضانة ، وهى على أى حال لا يمكن أن تقوم مقام الأم ، والأصلح للصغير وهو مدار الحكم أن تحضنه أمه ما دامت قادرة على ذلك ، ولئن اقتدرت دور الحضانة أن تقدم للطفل أسباب الحياة المادية فهى غير قادرة على أن تعوضه عن عاطفة الأم تلك العاطفة التى لا توجد فى انسان غير الأم إذ مهما بلغت من قسوتها وشذوذها فهى أرحم عليه من غيرها وللولد حق طبيعى وقانونى فى هذه العاطفة ولا يملك أحد اسقاط حقه فى هذا ومن ثم لا يسقط حق الصغير على أمه .

ثم قالت فى آخر الحكم :

أن عمل المرأة الأساسى هو الزوجية والأمومة فلا يصح التخلى عن هذا الواجب الطبيعى الأساسى بحجة الأشتغال بعمل مهما قيل فى فائدته وصلاحية المرأة له فأنه لا يصح أن يطغى بل أنه لا يعدل الوظيفة الأساسية الطبيعية للمرأة ، ولو قبلت دعوى عدم القدرة على هذه الأمومة بحجة العمل الحكومى أو غير الحكومى لكانت النتيجة أن الأخلال

بالألتزام يؤدى إلى الحصول على حق وأن الباطل هو سبيل الحق وهى نتيجة غير مقبولة .

ونتفق تماما مع ما جاء فى هذا الحكم .

ثانيا : شروط الحاضنة :

نص الفقهاء على عدة شروط يلزم توفرها فى التى تستحق الحضانة وهذه الشروط منها ما هو مختلف فيه بينهم .

كما أن هذه الشروط منها ما هو مشترك بين الذكر والأنثى ومنها ما هو خاص بالحاضنة الأنثى ، وآخر خاص بالحاضن الذكر .

وسوف نذكر فيما يأتى هذه الشروط ونقدم ما كان مشتركا بين الذكر والأنثى على الخاص بكل منهما فنقول وبالله التوفيق .

شروط الحاضنة :

١ ــ الحرية ــ العقل ــ البلوغ

وانما اشترطت الحرية ــ عند من قال بهذا الشرط ــ حتى تستطيع الحاضنة التفرغ للقيام بما يلزم للصغير .(١)

---

(١) رد المختار جـ ٢ص٨٧١ (فقه حنفى) شرح الشيخ قاسم الغزى على متن الشيخ أبى شجاع هامش جـ٢ص٢٠٤ من حاشية ــ ٢٠٤ البيجرمى (فقه شافعى).

أما شرط العقل فلان المجنون أهل لأن يكون محضونا لا أن يكـون حاضنا وهذا من جملة ما اتفقوا عليه . وشرط البلوغ لم يكن محل اتفاق بينهم إذا أن المالكية يعتبرون الرشيد ولو غير بـالغ أهـلا لأن يـدخل الصغير فى حضانته .(١)

٢ ـ الأمانة : ويريدون بهذا الشرط ألا تنشغل عن المحضون بكثرة الخروج لأى سبب كان بحيث يخشى من كثرة خروجها علـى الولد الضياع أو الضرر وهى بذلك تكون غير أمينة .

---

(١) اشترط المالكية الرشد فى الحاضن ولو مجردا عن البلوغ فمن كان رشيدا ولو لم يبلغ له الحضانة ويكون المحضون الأول مـع حاضـنته حاضـنين لـذلك المحضون وهذا ما قاله الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبيـر جـ ٢ ص ٤٨٩ ونصه " أعلم أن الرشد يطلق على حفظ المال المصاحب للبلوغ ويطلـق على حفظ المال وأن لم يكن يصاحبه بلوغ فالرشد أمر كلى تحت فرد أن : فرد صاحبه بلوغ المنصف رشدا اشارة إلى أن المراد نوع سنه وهو حفـظ المـال ولو كان مجردا عن البلوغ ولو عرف الرشد لتوهم أن المراد الكامل وهو حفظ المال المصاحب للبلوغ فإذا ثبت للصبى حفظ المال ، ثبت له حق فى حضـانة غيره ويكون ذلك الصغير مع حاضنه حاضننين لذلك المحضون فالصـبى الأول مع حاضنته الصبى الثانى فحاضنه الكبير من حيث الحفـظ للـذات وحضـانة الصغير من حيث الحفظ للمال .

٣ ـ القدرة على تربية المحضون وصيانته فلو كان هناك مرض يعجزه عن ذلك فلا حضانة لها وعلى هذا فالأعمى أن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا لذلك والا فلا . (١)

وهذا رأى الأحناف . أما الشافعية فأثبتوا له الحضانة على المعتمد فى مذهبهم . (٢)

ولو نظرنا إلى ما قاله المالكية لوجدناه على النقيض من ذلك تماما فهم لا يقرون أن يكون الأعمى حاضنا الا أن يكون عند الأعمى من يحضنه .(٣)

٤ ـ ألا تسكنه فى بيت المبغضين له لما فى ذلك من تعريضه للأذى والضياع . (٤)

٥ ـ أن تكون غير مرتدة لأن جزاءها الحبس حتى تعود إلى الأسلام وهذا الشرط يمكن ادخاله فى مضمون الشرط الثالث لأن المحبوس لا يقدر على تربية غيره ورعايته .

---

(١) الأشباه والنظائر لأبن نجيم ص ٣١٤

(٢) فتاوى شهاب الدين أحمد الرملى ، هامش الفتاوى الكبرى لأبن حجر المكى جـ٤ص٥

(٣) الشرح الكبير للأمام الدردير هامش جـ٢ ص ٤٨٩ من حاشية الدسوقى عليه .

(٤) الدار المختار هامش جـ ٢ ص ٨٨ من رد المحتار عليه .

٦- هل يشترط الإسلام فيمن يستحق الحضانة ؟ حول هـذا الشـرط قام الخلاف بين الفقهاء فذهب فريق منهم إلى أن غيـر المسـلم لاحضانه له على المسلم وأخرون ذهبوا إلى أنـه لا يشـترط أن يكون الحاضن مسلما. وأجازوا أن يحضن غير المسـلم المسـلم ودليلهم ماروى عن عبد الحميد ابن جعفر عن أبيه أنـه قـال : أخبرني أبى عن جدى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأتـه أن تسلم فأتت النبى (صلى الله عليه وسلم) فقالت : ابنتى وهـى فطيم أوشبهه ، وقال رافع : ابنتى فقال له النبى (صلى الله عليه وسلم) : اقعد ناحية وقال لها : اقعدى ناحية قال واقعد الصـبية بينهما ثم قال : ادعواها فمالت الصبية إلى أمها فقال النبى (صلى الله وعليه وسلم) اللهم أهدها فمالت الصبية إلى ابيهـا فأخـذها (١) قالوا ان التخير دليل ثبوت الحق . (٢)

أما الأولون فقد أجابوا عن الحديث بأن فى إسناده اختلافا وألفاظا مضطربة فقد جاء فى رواية أخرى أن المتنازع عليه كان غلاما . ورجع القطان رواية الابن وقال ابن المنذر لايثبته أهل النقل وفى

---

(١) سنن أبى داود جـ ٢ ص ٣٥٠

(٢) الشوكانى جـ ٦ ث٣٧٢ .

اسناده مقال (١) ، وقال الشيرازى من الشافعية أنــه منســوخ لان الامة أجمعت على أن لايسلم الصبى المسلم إلى الكافر (٢) وقــد رد الامام النووى على ذلك فقال : الحديث بأســانيده وطرقــه يصــلح للأحتجاج به والاضطراب ممنوع باعتبار محل الحجة ، وهو كفــر الأم ، وثبــوت التخيير ، وهذان العنصران هما ما يــدور حولهمــا الحكم .

ولعل المصنف ـ الشيرازى ـ يحتج بأدلة عامة كقوله تعالى " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (٣) وبنحو الأســلام يعلــو " (٤) وعن هذين الدليلين قال الأمام الشوكانى : (٥) الاحتجاج بهما غيــر نــافع لأنهما عامان وحديث الباب خاص .

هذا ومع أن الأمام النووى قد تحمس بالرد على الطاعنين فى الحديث باضطرابه الا أن وجهة نظره تختلف عن وجهة نظر الذين استدلوا بالحديث

---

(١) المجموع للنووى جـ١٧ص١٦٣.

(٢) آية ١٤١ من سورة النساء .

(٣) نيل الأوطار للشوكانى جـ٧ص١٤ . " وقال الأمام الشوكانى : وهو وان كان فيه مقال لكنه قد علقه البخارى فى صحيحه .

(٤) الشوكانى فى نيل الأوطار جـ ٦ ص ٣٧٢.

(٥) المجموع شرح المهذب جـ١٧ ص ١٦٥.

ومستنده فى ذلك هو روح الشرع التى تقضى بمراعاة صالح الصغير ، ولهذا وجدناه يقول : " فأن مما لاشك فيه أن القاءه ـ أى الصغير فى أحضان الكفر قضاء على صلاحه دنيا وأخرى " .

وهو بهذا خطأ مذهب الأمام أبى حنيفة وأصحابه ومن تبعه فى جواز أن يكون الحاضن غير مسلم .

٧ ـ ألا تتزوج الأم فأن تزوجت سقط حقها فى الحضانة ، وسقوط حق الأم فى الحضانة بالزواج لم يكن محل اتفاق ، فإذا كان هذا هو مذهب الأحناف والمالكية والشافعية والزيدية والحنابلة فأن الظاهرية ومن قبلهم ـ عثمان ـ رضى الله عنه ، والحسن البصرى رضى الله عنه ، قالوا : أن الزواج لا يبطل حق الأم فى حضانتها . (١)

وسند الأولين ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما " أن امرأة قالت : يا رسول الله . أن ابنى كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثدى له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه منى . فقال : أنت أحق به ما لم تنكحى " . (٢)

---

(١) انظر رد المحتار جـ٢ص٨٧١ (فقه حنفى) الشرح الكبير هامش جـ٢ص٤٨٩من حاشية الدسوقى عليه (فقه مالكى) شرح الغاية لابن قاسم الغزى هامش حاشية البرماوى ص٢٩٧ ، طبعة مكتبة العرب لصاحبها الشيخ يوسف البستانى بمصر سنة ١٢٩٨هـ.(فقه شافعى) المغنى لابن قدامة جـ٧ص٦١٤.(فقه حنبلى)البحر الزخار جـ٣ص٢٨٥(فقه زيدى) المحلى لابن حزم جـ١١ص٧٤٥(فقه ظاهرى).

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ٦ص٣٦٩.

فهذا دليل قاطع على أن الأم أحق بالولد من الأب ما لم تنكح الأم لأن النبى (صلى الله عليه وسلم) قيد حقها فى حضانة الولد بعدم الزواج " ما لم تنكحى " فان حصل الزواج بطلت حضانتها . أما لسان أهل المذهب الظاهرى فقد استدل لمذهبه بما روى عن أنس ابن مالك رضى الله عنه قال : " قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدى فانطلق بى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " يا رسول الله أن أنسا غلام كيس فليخدمك ؟ قال : فخدمته فى السفر والحضر .

وذكر الخبر بقول ابن حزم فهذا أنس فى حضانة أمه ولها زوج وهو أبو طلحة بعلم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ويمكن الجواب بأن هذا الحديث لا يصلح للأحتجاج به على محل النزاع لأنه حكاية حال لأحتمال أنه لم يكن لأنس قريب غيرها والدليل إذا اتطرق إليه الأحتمال .(١) بطل به الاستدلال وقد أجاب ابن حزم (٢) عن دليل الأولين بأن الحديث من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو حديث مرسل وفيه مجهول ومثل هذا لا يحتج به .

---

(١) الأحتمال المساوى أو المقارب وهنا كذلك وهذه قاعدة منقولة عن الأمام الشافعى ونصها " حكاية الحال إذا تطرق إليها الأحتمال سقط بها الاستدلال .

انظر الفروق للقرافى جـ ٢ ص٨٧ مطبعة دار احياء الكتب العربية .

(٢) المحلى جـ ١١ ص ٧٤٦.

ويجاب عن ذلك بأن الحديث قبله الأئمة وعملوا به وأخرجه البيهقـــى والحاكم وصححه .(١)

وبهذا يتبين صحة قول الجمهور وهو أن الزواج (٢) يبطل حــق الأم فى الحضانة لولدها .

٨ ـ أن لا يسافر ولى المحضون بقصد الانتقال والاستيطان فى البلد المنتقل إليه فأن سافر بهذا القصد سقط حــق الحاضــنة الا أن تنتقل مع محضونها وتصير ساكنة معه فى البلد المنتقل إليه فأن حضانتها لا تسقط حينئذ .

والسفر بالولد المحضون بنية الاستيطان فى بلد أخرى ان كان المالكية والشافعية والحنابلة فى المشهور عن الأمام أحمد رضى الله عنه يجــيزون

---

(١) الشوكانى جـ٦ص٣٧٠ ، المجموع جـ١٧ص١٦٣

(٢) وهل الزواج مطلقا أم الزواج بغير رحم محرم للصبى الصحيح فى هذه المسألة أن الزواج الذى يبطل حق الأم فى حضانة الصبى هو الزواج بغير رحم محــرم كمــا ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية وصحيح مذهب الشافعية . أما فــى القــديم مــن مذهب الشافعية ، والذى قال به الشافعى كما قال ذلك المزنى فــى مختصــره أن زواج الأم مطلقا يبطل حقهــا فــى الحضــانة . أنظــر فــى ذلــك رد المحتــار جـ٢ص٨٧١ ، والشرح الصغير جـ١ص٥٩٠، والمهذب للشيرازى .

ذلك إذا تحققت الشروط الموضوعة له (١) فأن الأحناف لا يجيزون ذلك لأن سفر الولي بالمحضون يترتب عليه أخذه منها وهى لها الحق في الحضانة .(٢)

---

(١) ومن هذه الشروط: أن تكون الطريق آمنة والبلد المنتقل إليه آمنة وان يكون السفر بقصد السكنى وللأنتقال ، وقيده المالكية بأن يكون سفرا طويلا مسافة ستة برد فأكثر فلو لم يكن السفر بقصد السكنى بأن كان للتجارة . فلا تسقط الحضانة لمن لها الحق فيها وفى هذه الحالة لا يشترط أن يكون السفر طويلا أو قصيرا فلو كانت المسافرة أخذته معها ،في هذه الحالة .

(أى السفر للتجارة) سواء أكان طويلا أو قصيرا . وهذا قول الاجهورى لكن يرى اللقانى أن السفر إن كان قريبا أخذته معها وان كان بعيدا فلا تأخذه ، لكن لا تسقط حضانتها بل تظل باقية ، وتبعه الخرشي على ذلك (انظر الصاوى على الشرح الصغير جـ ١(ص٥٩١،٥٩٠) .

وان كان المالكية قد حددوا المسافة بستة برد ، فأن الحنابلة يقدرونها بمسافة تقصر فيها الصلاة ولم يحددها الشافعية بشئ فطالما أن السفر بقصد السكنى فله الحق فى أخذ المحضون معه ، وأن كانت الأم هى المسافرة سقط حقها فيه (أى فى الحضانة) ويترتب على السفر لغير السكنى أن المقيم أولى . وكذا إذا كانت الطريق أو البلد غير آمنين ، وهذا ما أتفق عليه الحنابلة والشافعية انظر فى مذهبهما ، كشاف القناع جـ٣ ص ٣٢٩، ومغنى المحتاج جـ٣ ص٤٥٩ .

(٢) رد المحتار جـ ٢ص٨٨٥ .

هذا عن حكم سفر الولى بالمحضون لكن ما حكـم سـفر الحاضـنة بالمحضون ؟ لو نظرنا فيما قاله المالكية والشافعية والحنابلـة فـلا نجـد اختلافا فى الحكم . يعنى أنه إذا سافرت الحاضنة سفر سكن فلوليه الحـق فى أخذ المحضون منها أما الاحناف فأجازوا لها الانتقال بالمحضون إذا كان انتقالها إلى بلدها الذى وقع النكاح فيه ولم يكن هذا البلد دار حرب (١) فأن تخلف شئ من ذلك فلا يصح لها أن تنتقل بالمحضون فأن انتقلـت سـقط حقها فى الحضانة .

وما أحسن وجهة نظر الأمام ابن القيم (رضى الله عنه) حينما اعتبر أن الأب لو أراد السفر لا سقاط حضانة الأم ، فأن هذه حيلة باطلة ومناقضة لما قصده الشارع فأنه جعل الأم أحق بالولد من الأب مع قرب الدار وامكان اللقاء كل وقت لو قضى به للأب ، وقضى أن لا تؤله والدة على ولدها ... إلى أن قال : " ... والنبى صلى الله عليه وسلم قال للأم : : أنت أحـق بـه مالم تنكحى فكيف يقال أنت أحق به ما لم يسافر الأب ؟

وأين هذا فى كتاب الله أو فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أو فـــى فتاوى أصحابه أو القياس الصحيح ؟ فـلا نـص ولا قيـاس ولا مصلحة .(٢) أهـ منه .

---

(١) المبسوط جـ ٦ص١٧٠،ص ١٧١

(٢) اعلام الموقعين عن رب العالمين جـ٣ص٢٩٥"مكتبة الكليات الأزهرية " .

هذه شروط الحضانة قدمتها لأبين أنه إذا أختل شرط منها لم تستحق الحضانة وإذا استحقت الحضانة فطرأ ما يسقطها من نقصان شرط من شروطها سقطت الحضانة . ويترتب على ذلك أن الحاضنة بالشروط السابقة تستحق السكنى وإذا لم تتوفر الشروط فلا سكنى لها كما أن سقوط الحاضنة يسقط الحق فى السكنى وبعد هذا نبين حكم سكنى الحاضنة فنقول وبالله تعالى التوفيق .

أجـــرة الحاضنـــــة

تجب الأجرة للحاضنة إذا لم تكن زوجة لأبى المحضون عند الحاضنة ولا تجب لها أجرة إذا كانت زوجة أو مطلقة طلاقا رجعيا ولم تنته عدتها .

أما المطلقة طلاقا بائنا فقد اختلف فى أجرتها إذا كانـت حاضـنة ، فيـرى البعض من الاحناف أنه لا أجرة لها . ويرى آخرون أنها تستحق الأجرة .

جاء فى منحة الخالق على البحر الرائق " قال : سـئل هـل تسـتحق المطلقة أجرة بسبب حضانة ولدهـا خاصة من غير ارضاع لـه أم لا ؟ أجاب : تستحق أجرة على الحضانة " .

والشافعية : قالوا : للأم طلب أجرة على الحضانة غير أجرة الأرضاع وتقدم عند طلبها أجرة مع وجود متبرعة بالحضانة وإذا انفقـت الحاضـنة شيئا على المحضون وأشهدت على ذلك فهو دين على مـن تلزمـه نفقـة المحضون ، ترجع به عليه .

ويكفى الحاضنة لكى ترجع بما انفقته ، أن يقول لها الحاكم أحضـنت ولك على الأب الرجوع . فترجع وأن لم يستأجرها الأب .

وعند المالكية : لا نفقة لحاضن لأجل الحضانة . وهذا أحد قولين فى المذهب ، وأن كان هو القول الذى أخذ به ابن القاسم وهو المرجوع إليه .

والقول الآخر : لها النفقة من مال المحضون . (١)

وهذان القولان انما هما بالنسبة للمرأة الغنية أما المـرأة الحاضـنة الفقيرة فلها النفقة باتفاق فى المذهب . وقالوا : ينفق عليهـا لعسـرها لا للحضانة .

ومذهب الحنابلة قريب من مذهب المالكية وذلك أن الحنابلة يقولـون بوجوب الأجرة للفقيرة ويختلفون فى غيرها فتجب لها الأجرة على القـول بأن الحضانة حق لها ولا تجب لها الأجرة على القول بأن الحضانة واجـب عليها . وقد ترتب على هذا أن الزوجة التى لها حق الحضانة تلزمها الهبة إذا ما دعيت الحضانة لغيرها .

ولا تلزمها الهبة إذا كانت الحضانة واجبة عليها ، ولها أن تعود فـى طلب الحضانة بعد هبتها .

ونفقة الحضانة فى مال المحضون ان كان له مال فأن لم يكن له مال ففى مال الأب عند المذاهب الأربعة .

<u>خدمة المحضون :</u>

يرى الأحناف والشافعية : أن خدمة الصغير (المحضون) لازمة على الأب ان كان يحتاج إلى خدمة .

---

(١) شرح منح الجليل على متن العلامة خليل جـ٢ص٤٦٠،٤٥٩.

وعلى ذلك فيستأجر له الأب من يخدمه ، ولا تكون هذه الخدمة علـــى الحاضن واختلف المالكية فى ذلك . وقد حكى هذا الخلاف ابن عرفه إذ أنه قال : ان كان لا بد له من خادم لضعفهم عن خدمة أنفســـهم والأب يقـــوى على اخدامهم يخدمهم . وقد نسب ابن عرفه هذا القول إلى المدونة .

وقال ابن وهب لا خدمة عى الأب مستندا لرأيه بما قضى به أبو بكر على عمر رضى الله تعالى عنهما .

<u>اسكان المحضون :</u>

وقد اختلف هؤلاء فى سكنى الحاضنة فيرى المالكية على المشـــهور عندهم ـــ والظاهر فى المذهب الحنفى (١) ـــ لزوم السكنى علـــى الأب أو على من تلزمه نفقته وحجتهم فى ذلك أن الأب يلـــزم بخـــادم للصـــغير إذا احتاج إليه فكذلك يلزمه الكراء للسكنى ولأن السكنى من النفقة فكما تلزمه نفقته يلزمه إسكانه .

وقد حكى ابن عابدين أقوال المذهب الحنفى ثم عقب برأيه فـــى هـــذه المسألة وما أحسن رأيه فيها ، وهذا نص ما ورد فى رد المحتار خاصا بها " فى نفقات البحر عن التفاريق لا تجب فى الحضانة أجرة المسكن ، وقـــال آخرون ان كان للصبى مال والا فعلى من تجب عليه نفقته . أهـــ منـــه . وفى النهر وينبغى ترجيح عدم الوجوب لأن وجوب الأجرة لا يستلزم وجوب السكن بخلاف النفقة . أهـــ قلت صاحب النهـــر ليس مـــن أهل الترجيح فلا

---

(١) مواهب الجليل جـ٢ ص٢٢٠ ، (فقه مالكى) رد المحتار جـ٢ص٨٧٧ (فقه حنفى) .

يعارض ترجيحه ترجيح نجم الأئمة ولا سيما مـــــع تعليله فـــأن القـــول بوجوب أجرة السكن ليس مبنيا على وجوب الأجر على الحاضنة بل علــى وجوب نفقة الولد فقد تكون الحاضنة لا مسكن لها أصلا بل تســكن عنــد غيرها فكيف يلزمها أجرة المسكن لتحضن فيه الولد بل الوجه لزومه على من تلزمه نفقته فأن المسكن من النفقة ...... " .

ولكن ابن عابدين لم يقرر وجوب السكنى للحاضنة على الأطلاق ، انما قيده بأن لا يكون لها مسكن تحضن فيه الولد وهو بهذا أراد أن يوفق بـين القولين فى المذهب الحنفى ولهذا يقول تعقيبا على ما سبق : والحاصل ان الأوجه لزومه لما قلنا . لكن هذا انما يظهر لو لم يكن لها مسكن أما لو كان لها مسكن يمكنها أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها فلا . لعدم احتياجــه إليه فينبغى أن يكون ذلك توفيقا بين القولين ويــرى الشــافعية ـ ومعهــم بعض المالكية وهو رأى لبعض الأحناف (١) ـــ عــدم وجــوب الســكنى للحاضنة فليس لها الا أجرة الحاضنة فتستأجر منها مسكنا ان شاءت .

ولا يخفى أن محل النزاع فيما إذا كانت الحاضنة أما ولم تكن الأم فى عصمة الزوج أب المحضون فأما لو كانت فى عصــمته فالاســكان عليــه بالاجماع لأن سكنى الزوجة على زوجها واجبة كما تقدم فى سكنى الزوجــة

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر المكى جـ٤ص٢١٦" فقه شافعى " مواهب الجليل جـ٤ص٢٤٠، رد المختار جـ٢ص٨٧٧.

متى تنتهى مدة الحضانة؟

مدة الحضانة تنتهى عند الأحناف بالنسبة للغلام إذا استغنى عن الحضانة بأن يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجى وحده ، ويمكنه ذلك إذا بلغ سبع سنوات – اعتبارا بالغالب – لأن الصبى فى هذه السن أمر أبوه أن يأمره بالصلاة وانما يكون ذلك إذا كان الولد عنده أما البنت فالأم أحق بها إلى أن تبلغ حدا تشتهى ، وحد الشهوة الذى ينبنى عليه أخذ الأب لها من أمها تسع سنوات على الغالب أيضا . (١) .

ويرى المالكية أن الحضانة تنتهى بالنسبة للولد بالبلوغ من غير شروط .(٢)

والأنثى بدخول الزوج بها ولا تكفى الدعوة إلى الدخول (٣) ويرى الشافعية أن الأم أحق بهما إلى سبع سنوات ثم يخيران فمن اختاره كان عنده .(٤)

---

(١) البداية جـ٢ص٣٨ طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى ، فتح القدير جـ ٣ص٣١٦،٣١٧.

(٢) خلافا لأبن شعبان (من المالكية) الذى نص على أنه يشترط أن يبلغ عاقلا غير زمن .

(٣) الخرشى على مختصر الجليل جـ٤ص٢٠٧٠.

(٤) مغنى المحتاج جـ ٣ص٤٥٧.

أما الحنابلة فيجعلون للولد الذى بلغ سبع سنين عاقلا وتنازع الأبوان فيه حق اختيار احدهما ويشترط الا يختار من يمكنه من فساد فأن اختار من يمكنه من فساد ويكره الآخر للأدب لم يعمل بمقتضى شهوته .

ويشترط الحنابلة لأن يخير بينهما أن لا يكون أحد أبويه غير أهل للحضانة لأن غير الأهل وجوده كالعدم . وألا يكون معتوها وعندئذ يتعين أن يكون الغلام عند الآخر الذى هو أهل للحضانة كما قبل السبع سنوات أما الجارية إذا بلغت سبع سنين فأكثر فعند أبيها إلى البلوغ وجوبا وبعده أيضا إلى الزفاف لأن الأب احفظ لها . (١)

وعلى هذا : فجمهور فقهاء الأحناف ، والشافعية والحنابلة ، على أن الحضانة تنتهى ببلوغ الغلام سبع سنوات ، لكن الشافعية والحنابلة يخيرونه عند التنازع ، والحنفية يقولون لأبيه .

وبالنسبة للبنت تنتهى حضانتها بسبع سنوات وتخير أيضا عند التنازع عند الشافعية والحنابلة ، ويرى الأحناف أنها تنتهى بتسع سنوات لأنها فى هذه السنن تنتهى فالأب أقدر على حمايتها .. والمالكية يقولون تنتهى الحضانة بدخول الزوج بها ، أما الغلام فتنتهى حضانته بالبلوغ .

---

(١) أنظر كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٣٠ .

نهاية الحضانة فى القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩:

نصت المادة ٢٥ من هذا القانون على ما يأتى : " ينتهى حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتى عشرة سنة ويجوز للقاضى بعد هذا السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك .

ولكل من الأبوين الحق فى رؤية الصغير والصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين .

وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا نظمها القاضى على أن تتم فى مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا .

ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا وإذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضى فأن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقررها " .

وجاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون تعليقا على هذه المادة " كان العمل جاريا على انتهاء حق النساء فى الحضانة للصغير إذا بلغ سن السابعة ويجوز للقاضى أن يأذن ببقائه فى يد الحاضنة إذا رأى مصلحته فى ذلك إلى التاسعة وأن تنتهى حضانة الصغيرة لبلوغها التاسعة الا إذا رأى القاضى مصلحتها فى البقاء فى يد الحاضنة فله ابقاؤها حتى الحادية عشرة .

وأنه بتتبع المنازعات الدائرة فى شأن الصغار تبين أن المصلحة تقتضى العمل على استقرارهم حتى يتوفر لهم الأمان والأطمئنان وتهدأ نفوسهم فلا ينزعجون بنزعهم من الحاضنات ومن أجل هذا ارتأى المشرع انهاء حضانة النساء للصغير ببلوغه سن العاشرة وحضانتهن للصغيرة ببلوغها سن الثانية عشرة ثم أجاز للقاضى بعد هذه السن ابقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج أخذا بمذهب الأمام مالك فى هذا الموضع على أنه فى حال ابقائها فى يد الحاضنة بهذا الاعتبار لا يكون للحاضنة الحق فى اقتضاء اجرة حضانة وانما لها الحق فى نفقة المحضون الذاتية من طعام وكساء ومسكن وغير هذا من مصاريف وعلاج وما يقضى به العرف فى حدود يسار الأب أو من يقوم مقامه كما أن وجود الولد ذكرا كان أو أنثى فى يد الحاضنة قبل بلوغهما سن العاشرة أو الثانية عشرة أو بعدها لا يغل يد والدهما عنهما ولا يحد من ولايته الشرعية عليهما فأن عليه مراعاة احوالهما وتدبير أمورهما وولايته عليهما كاملة وانما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولها القيام بالضروريات التى لا تحتمل التأخير كالعلاج والالحاق بالمدارس بمراعاة امكانات الأب .

ثم نص المشرع على حق كل من الأبوين فى رؤية الصغير أو الصغيرة واثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين باعتبارهم من الأباء .

وإذا تعذر تنظيم مواعيد الرؤية اتفاقا نظمها القاضى بشرط الا تتم فى مكان يضر بالصغير أو الصغيرة نفسها كاقسام الشرطة .

وحق رؤية الأبوين للصغير أو الصغيرة مقرر شرعا لأنه من باب صلة الأرحام التى أمر الله بها (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) من الآية رقم ٧٥ من سورة الانفال ثم منع المشرع تنفيذ حكم الرؤية جبرا وبالقوة حتى لا يضر هذا بالأولاد ، فإذا امتنع من بيده الولد عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر انذره القاضى فأن تكرر منه ذلك جاز للقاضى بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يلى هذا الممتنع عن تنفيذ حكم الرؤية من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها .

ولا مراء فى أن تنفيذ الحكم بنقل الحضانة يتم بمجرد صدوره لشموله بالنفاذ قانونا وبالقوة الجبرية بالأعمال بالمادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ثم بين المشروع ترتيب الحاضنات والحاضنين من العصبة وذوى الأرحام على نحو ما هو مقرر فى النص وما هو جار به العمل وفقا لفقه المذهب الحنفى . (١)

---

(١) قانون الأحوال الشخصية الجديد ص ٣٦،٣٧،٣٨ طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

الفصل الثانى

نفقـــــة الأقـــــارب

قبل البدء فى الكلام عن هذا الحق أريد أن أذكر بأن هذا الباب تتمـــه هذا القسم وهو ضرورى لأنه يبين إلى أى مدى عنى الأسلام بشأن الأقارب فى المجتمع الأسلامى وتقرير حق النفقة (١) للقريب على قريبه .

---

(١) قال فى المصباح المنير (نفقت الدراهم نفقا من باب تعب نفدت ويتعدى بالهمزة فيقال أنفقتها . والنفقة أسم وجمعها نفاق .. نفق الشئ نفقا أيضا فنى وأنفقتـــه أفنيته " وجاء فى كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ أحمد إبراهيم بك ص ١٨٨ ، ١٨٩ بالهامش ما نصه " النفقة فى اللغة الصرف يقال نفـــق مالـــه أى صـــرفه وشرعا هى الطعام والكسوة والسكن وكذا فسرها محمد لما سأله هشام عنها كما فى البحر نقلا عن الخلاصة لكنهما فى عرف الفقهاء تطلق على الطعام فقط ولذا يعطفون عليها الكسوة والسكنى ، والعطف يقتضى المغيـــارة وعبـــارة المنـــون كالكنز والملتقى وغيرها على هذا ...) أ هـــ وقال الدكتور سعيد مصطفى السعيد فى بحثه " فى مدى استعمال حقوق الزوجية وماتتميز به الشـــريعة الأســـلامية والقانون المصرى الحديث ص ٢٠٩ قال : " والنفقة تشـــمل الطعـــام والكســـوة والسكنى " وهذا المعنى عبر به قبلهم صاحب كشاف القنـــاع جـــ ٣ص٢٧٩ ، وهذا هو المعنى الشرعى للنفقة الا أن فقهاء الحنفية تعارفوا ـــ كما ذكر الأستاذ أحمد ابراهيم بك على اطلاق النفقة على الطعام ولذا يعطفـــون عليـــه الكســـوة والسكنى وعبارة المنون فى هذا المذهب على ذلك كما ذكر أحمد ابـــراهيم بـــك وضرب له مثلا بكنز الدقائق والملتقى وغيرها " وقد يـــرد هنـــا أنـــه إذا كـــان الاحناف تعارفوا على اطلاق النفقة على الطعام فكيف يراد فـــى نفقـــة الأقـــارب السكنى مع أنها لا تشمل السكنى عندهم ؟ والجواب أنا وجدناهم ذكـــورا النفقـــة وأرادوا وبها المأكل والمشرب والسكنى والرضاع فقد جاء فى البـــدائع جـــ ٥ ص ٢٢١٦ وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه لـــه المأكـــل والمشـــرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا لأن وجوبها للكفاية تتعلـــق بهـــذه الأشياء وهذا هو ردنا على هذا التساؤل (والله أعلم).

وسبب وجوب هذه النفقة : هو القرابة فالقرابة فى الجملة سبب لوجوب نفقة القريب المعسر على قريبه الموسر ، وعنى الأسلام كتابا وسنة بشأن الأقارب منذ أن نزل إلى أن أكمل دينه وأتم على المؤمنين تشريعه وأراد الأسلام بتقرير الأنفاق على الأغنياء تحقيق الضمان الأجتماعى بين الأغنياء وأرباب الحقوق عليهم ، وذوى الفقر والحاجة الذين لم يكن لديهم قوة عملية تصان بها حاجتهم وينقذون أنفسهم من مخالب الفقر المذلة للنفوس ، المضيعة للكرامات ومن هنا رسم الأسلام للأنفاق دوائره التى ينبغى أن يتجه إليها المسلم ومنها دائرة الأهل والاقارب ، وآتى المال على حبه ذوى القربى " (١) وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض (٢) وآت ذا القربى حقه " (٣) وبالوالدين احسانا وبذى القربى " (٤) .

وبمثل هذا جاءت السنة الشريفة فيقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – قال تعالى " أنفق يا ابن آدم أنفق عليك " (٥) وقال صلوات الله وسلامه عليه " الساعى على الأرملة والمسكين كالمجاهد فى سبيل الله أو القائم الليل الصائم النهار " .(٦)

---

(١) الآية ١٧٧ من سورة البقرة

(٢) الآية ٧٥ من سورة الانفال

(٣) الآية ٢٦ من سورة الأسراء

(٤) الآية ٢٦ من سورة النساء

(٥) صحيح البخارى بشرح القسطلانى جـ٨ص٢٢٠

(٦) نفس المرجع السابق .

وقال صلى الله عليه وسلم (١) أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول . تقول المرأة أما أن تطعمنى وأما أن تطلقنى ويقول العبد أطعمنى واستعملنى ويقول الأبن أطعمنى إلى من تدعنى فقالوا ياأبا هريرة سمعت هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبى هريرة " وسيدنا أبو هريرة بقوله " هذا من كيس أبى هريرة) .

يثبت أن هذا الكلام سمعه من سيدنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فهو ينكر عليهم سؤالهم (٢) . الوجه الثانى أن يقال فى هذه الصلة الواجبة التى نادت عليها النصوص وبالغت فى ايجابها وذمت قاطعها فأى قدر زائد فيها على حق الأجنبى حتى تعقله القلوب وتأمر الألسنة وتعمل به الجوارح أهو السلام عليه إذا لقيه وعيادته إذا مرض وتشميته إذ عطس واجابته إذا دعاه إلى أن قال فهذا حق يجب لكل مسلم على كل مسلم .

---

(١) نفس المرجع السابق ص ٢٢٢.

(٢) يقول الأمام القسطلانى . وهذا انكار على السائلين عنه – بمعنى ليس هذا الا من رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ففيه نفى يريد به الاثبات والاثبات يريد به النفى على سبيل التعكيس (ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى جـ ٨ ص ٢٢٢) .

فما خصوصية صلة الرحم الواجبة ؟ ولهـذا كـان بعـض الفضـلاء المتأخرين يقول أعيانى أن أعرف صلة الرحم الواجبة (ثم قال) أن الصلة معروفة يعرفها الخاص والعام والآثار فيها أشهر من العلم ولكن ما الصلة التى تختص بها الرحم وتجب له الرحمة ولا يشاركه فيها الأجنبى والنبـى صلى الله عليه وسلم قد قرن حق الأخ والأخت بالأب والأم فقال للوجـوب وآخره للأستحباب .

قال الأمام القرطبى رضى الله عنه فى معرض تفسيره لهـذه الآيـة " وبالجملة فالرحم على وجهين عامة وخاصة ، فالعامة رحم الـدين ويجـب مواصلتها بملازمة الأيمان والمحبة لأهله ونصرتهم والنصيحة لهم وتـرك مضارتهم والعدل والنصفة فى معاملتهم والقيام بحقوقهم الواجبـة كعيـادة المريض وحقوق الموتى من غسلهم والصلاة عليهم ودفنهم وغير ذلك من الحقوق المترتبة لهم وأما الرحم الخاصة وهى رحم القرابـة مـن طرفـى الرجل أبيه وأمه فتجب لهم الحقوق الخاصة وزيـادة ، النفقـة ، وتفقـد أحوالهم وترك التعامل عن تعاهدهم فى أوقات ضروراتهم وتتأكد فى حقهـم حقوق الرحمة العامة حتى اذا تزاحمت الحقوق بدئ بالأقرب فالأقرب .

قال بعض أهل العلم أن الرحم تجب صلتها هى كل رحم محرم وعليـه فلا تجب فى بنى الأعمام وبنى الأخوال وقيل بل هذا فى كـل رحـم ممـن ينطبق عليـه ذلك من بنى الأرحام فى المواريث ، محرمـا كـان أو غيـر محرم ، فنخرج من هذا ان رحم الأم التى لا يتوارث بها لا تجب صلتهم ولا

يحرم قطعهم وهذا ليس بصحيح والصواب أن كل ما يشمله الـرحم تجـب صلته على كل حال قربة وديانة ، على ما ذكرناه أولا والله أعلم .(١)

ويقول أبو منصور الماتريـدى (٢) فـى تفسـير قـول الله تعـالى " وبالوالدين احسانا وذى القربى " (٣) وأن الأحسان إليهم يجوز أن يكـون من حق الله عليهم وحق الله عليهم لازم وعلى ذلك صلة القرابة والمحـارم والانفاق عليهم من حق الله عليهم وهو لازم .

فكل هذا يؤكد أن نفقة القريب المعسر تجب على قريبه الموسر سواء كان وارثا وهذا حكم القرآن أو كان غير وارث وهذا ما جاءت معه السـنة الشريفة والله أعلم .

وبعد هذه المقدمة عن عناية الاسلام بشأن الأقارب (٤) يجدر بنـا أن نحدد خطة كلامنا فى هذا الباب فنقول :

نتكلم فى هذا الباب عن النقاط التالية :

(١) أنواع القرابة .

(٢) من الذى تجب له النفقة (بمعناها الشرعى) فى رأى الفقهاء

(٣) شروط وجوب هذه النفقة .

---

(١)احكام القرآن للأمام القرطبى جـ٧ص٦٨،٦٧

(٢) هو أبو منصور محمد بن محمد الماتريدى السمرقندى والمتوفى سنة ٣٣٣ هـ صاحب التفسير المسمى تأويلات أهل السنة وكان كلامه المذكور فى الصدر فـى جـ ١ص٢٠٧ طبعة مطابع الأهرام التجارية على نفقة) المجلس الأعلى للشئون الاسلامية .

(٣)آية ٨٣ من سورة البقرة .

(٤) يقول المرحوم الأستاذ محمد حسين الذهبى فى كتاب الأحوال الشخصـية ث ٤٣٤ مطبعة دار التأليف ٨ شارع يعقوب بالمالية بمصر / القرابة سبب لأن بينهما رحما أما حرمتها وحقها فلابد للموسر أن يبلها ببلالها ويصلها بالانفاق عليها والاحسـان لهـا والا كان قاطعا لما أمر الله به أن يوصل وكفى بالمرء اثما ان يضيع من يعول .

المبحث الأول

أنـــــواع القرابـــــات

ذكر الأمام الكاسانى (١) أن القرابة نوعان :

أ ــ قرابة الولادة وهذه قرابة الأصول والفروع المنحصرة فى عمـــود النسب .

ب ــ قرابة غير الولادة وهذه نوعان أيضـــــا .

النوع الأول : قرابة محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة والخولـــــة .

النوع الثانى : قرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بنى الأعمام وبنى الأخوال .

---

(١) بدائع الصنائع جـــ٥ص٢٢٢٨ ، ٢٢٢٩

المبحث الثانى

آراء الفقهاء فيمن تجب لهم النفقة من الأقارب

ونفقة القرابة لا تجب لغير الوالدين والمولدين من القرابة وإلى هـذا ذهب المالكية والشافعية وبعض الزيدية وبعض الامامية . (١)

غير أن المالكية وبعض الزيدية يرون أن القرابة الموجبة للانفاق هى قرابة الولاده المباشرة (أى فى أول درجتها صاعدة أو نازلة) فيجب على الأبوين المباشرين والأولاد الصلبيين ولا تجب لمن عداهم كالأجداد والجدات وأبناء الأبناء وأبناء البنات ومن باب أولى العمات والخالات .

أما السادة الشافعية وبعض الأمامية ورأى آخر عند الزيدية يوجبـون للجد النفقة على ابن الأبن ولأبن الأبن النفقة على الجد . فالمراد بالقرابـة التى توجب النفقة للقريب على قريبه الولادة فقط فليس للأخ ولا للعـم ولا للخال نفقة على هذا الرأى لأن قرابتهم ليس قرابـة ولادة . ووجهـتهم أن الاصول أباء وأن علوا والفروع أبناء وأن نزلوا .

---

(١) انظر الشرح الكبير للأمام الدردير رضى الله عنـه هـامش جـ٣ ص ٤٣٨ – ٤٨٤ من حاشية الدسوقى عليه (فقه مالكى) التنبيه للشيخ ابراهيم الشـيرازى ص ٢٥٩ طبع مدينة ليدن المحروسة طبع ابريل سنة ١٩٧٩ (فقـه شـافعى) شرح الازهار المنتزع من الغيث المدرار جـ٢ ص٥٤٩(فقه زيـدى) الروضـة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ٢ص١٤٣ (فقه أمامى).

هذا وتجب النفقة لكل رحم محرم (١) وعليه فتجب نفقة الأخ المعسر على أخيه الموسر والعم والعمة والخال وكذلك أبناء الأخ . كل هؤلاء تجب نفقة المعسر منهم علـــى قريبه الموسر وهذا مـذهب الحنفيـة وبعـض الزيدية (٢) وهم على هذا ادخلوا من أنواع القرابات فى نفقة القريب و قرابة غير الولادة المحرمة للنكاح وتكون نفقة القريب فى نوعين من أنواع قرابات الولادة وقرابة غير الولادة المحرمة للنكاح .

ومذهب الحنابلة والظاهرية والبعض الآخر من الامامية (٣) وجـوب النفقة على القريب إذا كان وارثا فأن لم يكن وارثا لعدم القرابة المورثة لم تجب عليه النفقة فالأخ والعم وابن الأخ وابن العم تجب لهم النفقة وغيـر الوارث لا نفقة له كالعمة وابنتها وابنة الأخ وابنة العم وهناك رواية أخرى عن الحنابلة تقول : أن شرط الأرث هو فى القريب إذا لم يكن مـن عمـود النسب . أما أن كان من عمود النسب فتجب نفقتهم مطلقا (وارثا أم غيـر وارث).

---

(١) بمعنى أن يكون الزواج بينهما حرمته مؤيدة لـ (فرض احداهما ذكـرا والآخـر أنثى وكان فى حاجة إلى النفقة عليه " ما يأتى" انظر الأحوال الشخصية فى الفقـه الاسلامى ص ٤٨٥ للأستاذ الدكتور/ محمد يوسف موسى رئيس قسـم الشـريعة بكلية الحقوق جامعة عين شمس سابقا طبع دار الكتـاب العربـى بمصـر سـنة ١٩٧٨ هـ سنة ١٩٥٨.

(٢) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٢٢٢٩ وما بعدها (فقه حنفى) شرح الأزهار جـ ٢ ص ٥٤٩ (فقه زيدى) .

(٣) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣١٣ (فقه حنبلى) المحلى جـــ ١١ ص ٣٤٢ (فقـه ظاهرى) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ٢ ص ٤٣ (فقه امامى) وهل يشترط أن يكون التوارث فى الحال أو أن يكون من أهل الميراث فى الجملة . ذكر الأمام ابن القيم فى زاد المعاد جـ ٤ ص١٦٥ فى اجابته على هذين السؤالين أن هناك روايتين فى مذهب الحنابلة .

وما ذهب إليه الحنابلة ومن معهم هو المحكى عن سيدنا عمر رضى الله عنه وابن أبى ليلى والحسين ابن صالح والعترة وأبى ثور . (١) .

كما ذكر أيضا أن هذا القول قال به الحسن ومجاهد والنخعى وقتادة (٢) هذه هى آراء الفقهاء فى تحديد القريب الذى تجب له النفقة على قريبه وكل منهم بدليله غير أننا لن نسوق الأدلة هنا لأننا قد ذكرنا الآراء لنبين من هو القريب الذى تجب له السكنى على قريبه وهذه الآراء قد ضيقت دائرة القرابة .

ولهذا لم تكن احدها محل اختيارنا والمقبول فى نظرى هو ما ذكره الأمام الشوكانى (٣) رضى الله عنه مؤيدا الأمام القرطبى (٤) فى وجوب النفقة . للقريب المعسر على قريبه الموسر سواء أكان وارثا أم لا ودليله على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لرجل: ابدأ بنفسك فتصدق عليها فأن فضل شئ فلأهلك فأن فضل عن أهلك شئ فلذى قرابتك فأن فضل من ذوى قرابتك شئ فهكذا أو هكذا . (٥) .

---

(١) البحر الزخار جـ٣ص٢٨٠ الشوكانى جـ٦ص٢٦١ المحلى جـ١ص٣٤٥ـ٣٤٨

(٢) حاشية المقنع هامش جـ٣ص٣٢٠

(٣) نيل الأوطار جـ٦ص٣٦١ـ٣٦٧

(٤) احكام القرآن للأمام القرطبى جـ٧ص٦٠٦٧ـ٦٠٦٨

(٥) نيل الأوطار للشوكانى جـ٦ص٣٤٠

فقوله صلى الله عليه وسلم (فلذى قرابتك) دليل على وجـوب نفقـة القريب على قريبه سواء أكان وارثا أم لا لأنه يتفق مع قواعد الشرع الحكيم وصلة الرحم التى أمر الله أن توصل وحرم الجنة على كل قاطع رحم وقـد قدمنا نصوص القرآن التى أوجبت النفقة للأقارب مثل قوله تعالى" وءات ذا القربى حقه" وقوله تعالى " وبالوالدين احسانا وبذى القربى " وقد ذكر الأمام ابن القيم (١) جوابا لما عسى أن يقال : من أن المراد بذلك البر والصـلة دون الوجوب فقال : (يرد هذا أنه سبحانه أمر به وسماه حقا وأضاف إليه قوله (حقه) وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بأنه حق وأنه واجب وبعض هذا ينادى على الوجوب جهارا فأن قبل المراد بحقه ترك قطيعته فـالجواب من وجهين احداهما ان يقال فأى قطيعة أعظم من أن يراه يتلظـى جوعـا وعطشا ويتأذى من الاذى بالحر والبرد ولا يطعمه لقمة ولا يسقيه جرعـة ولا يكسوه ما يستر عورته ويقيه الحر والبرد ويسكن تحت سقف يظله وهو أخوه وابن أمه وأبيه وابن عمه صنو أبيه أو خالته التى هى أمه وأنما يجب عليه من ذلك ما يجب بذله للأجنبى البعيد بأن يعارضه على ذلك فى الذمـة إلى أن يوسر ثم يسترجع منه ما عليه هذا مع كونه فى غاية اليسار والجد ومعه الأموال فأن لم تكن هذه عليه فأنا لا ندرى ما هى القطيعة المحرمـة والصلة التى أمر الله بها وحرم الجنة على قاطعيها .

---

(١) انظر زاد المعاد فى هدى خير العباد جـ ٤ص١٦٤ ، ١٦٧.

المبحث الثالث

شروط النفقة للأقارب

الشرط الأول : اعسار المنفق عليه فلو كان موسرا فلا نفقه له علــى غيره لأن وجوب هذه النفقة معلول بحاجة المنفق عليه فإذا انتفت الحاجــة فلا يجب النفقة .

وعلى هذا فالقريب الذى تجب له النفقة على قريبه يجب أن يكون له ما يشبع حاجته من طعام وكسوة وسكن يسكنه فلو كان له مسكن فلا سكنى له على قريبه وأن وجب له الأطعام والكسوة إذا كان محتاجــا لــذلك وإذا وجبت السكنى للقريب على قريبه فيسكنه على قدر حالته أى المنفق وعوائد البلاد . وإذا كان الشخص معسرا لكنه يمكنه أن يكتسب ما يكفيه فهل تجب له النفقة إذا لم يكتسب .

ويجاب عن هذا بأن الفقهاء فرقوا بين حالتين الحالة الأولى وهى أن يكون من يراد الانفاق عليه من الوالدين وهنا قال الأحناف وبعض الشافعية تجب نفقته لأنه محتاج إليه فأشبه الزمن . لكن الذى عليه جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة وبعض الشافعية لا تجب نفقته على الولد لأنه قــادر على الاكتساب فا شبه الكسب .

أما الحالة الثانية : وهى حالة أن يكون من يراد الانفاق عليه من غير الوالدين فلا نفقة له لأنه بمنزلة المكتسب (١) لأنه قارد على الأكتساب .

الشرط الثانى : أن يكون المنفق موسرا بمعنى أن يكـون عنـده مـا يملكه من النفقة على نفسه وزوجته فلو كان لا يملك غير ما ينفـق علـى نفسه وعلى زوجته فلا نفقة عليه للقريب المعسر ولا يجبر على التكسب من أجل النفقة على قريبه المعسر ونفرق بين أن يكون هذا الفاضل على نفقـة نفسه وزوجته من مالها ومن اكتسابه فمتى كان له فاضـل علـى قريبـه المعسر وإذا لم يكن له غير ما يكسبه فلا نفقة عليه لقربه .

وكذلك لا نفقة عليه لقريبه المعسر إذا لم يكن له فاضل من ماله وان كان يمكنه أن يكتسب لأنه لا يجبر على الاكتساب .

وعلى هذا فأن كان لهذا القريب الموسر مال يستطيع أن ينفقه علـى قريبه المعسر فعليه ذلك ولقد ذهب السادة الشافعية إلى أن مسكن القريـب الموسر يباع لاسكان القريب المعسر بشرط أن يتبقى بعد بيعه مـا يدفعـه أجرة لمسكنه (٢) بمعنى أن السكن إذا كان فيه زيادة عن سكناه فتباع هذه الزيادة لا سكان القريب المعسر .

---

(١) انظر البدائع جـ٥ص٢٢٤٠، والمجموع للنـووى جـ٢٧ص١٤٠ـ١٤٣ ، الشرح الكبير جـ٣ص٤٣٨، كشاف القناع جـ٣ص٣١٥.

(٢) نهاية المحتاج .

وشرط يسار المنفق قيده الحنفية بأن لا يكون فى قرابة الـولادة لأن النفقة فيه تجب على الأب فى كل حالة ما لم يكن زمنا فأن النفقة تجب على الجد (١)

وينبغى على ذلك أن البالغة إذا طلبت مسكنا من أبيها كان لهـا ذلـك (٢) عنـد الاحناف والمالكية وليس لها ذلك عند الشـافعية لأنهـا تعتبـر موسرة بحكم أنها قادرة على التكسب عندهم .

وأن البالغة الغير قادرة على التكسب ومثلها الصغيرة تجب لها السكنى عندهم جميعا (٣) والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم .

<u>الشرط الثالث :</u> فى نفقة القريب على قريبه اتحاد الدين .

وهذا الشرط انما هو فى غير قرابة الولادة أما قرابة الـولادة فتجـب فيها النفقة ولو اختلف الدين فعلى الأبن نفقة أبيه ولو كان كافرا والعكـس كذلك .

وانما وجبت النفقة فى قرابة الولادة مع اختلاف الدين لأن الله تعـالى أمر بصلة الوالدين ولو كانا كافرين ولقد قال عز شأنه " صاحبهما فى الدنيا معروفا " ولم يرد مثل ذلك فى غير الوالدين .

---

(١) بدائع الصنائع جـ٥ص٢٢٤١

(٢) وأن اشتراط الاحناف أن يكون ذلك فاصلا عن نفقته .

(٣) انظر فى ذلك بدائع الصنائع جـ٥ص٢٢٤١ العقود الدرية فى تنقـيح الفتـاوى الحامدية جـ١ص٧٤

وشرط اتحاد الدين بين المنفق والمنفق عليه قال بـــه الحنابلـــة لأن النفقة انما تكون فى القرابة التى يتفرع عليها الميراث فى مذهبهم وذلك فى الأقارب أن كانوا من غير عمود النسب أما أن كان القريب من عمود النسب فشرط اتحاد الدين روايتان عندهم .(١)

وهذا بخلاف مذهبى المالكية والشافعية الذين نظرا لمجرد القرابة وأهم الشروط لنفقة الأقارب ذكرناها فى هذا الفصل المخصص لحكم سكنى القريب وخلاصة ما تقدم نجمله فى النقاط الآتية :

(١) أن نفقة البنت على أبيها حتى تتزوج لأنه لا يمكنها الاكتساب وهذا ما ذهب إليه الاحناف والمالكية .

(٢) نفقة القريب تجب على قريبه – إذا كان موســرا وكـــان القريـــب الآخر معسرا واتحد دينهما الا فى قرابة الولادة .

أما الشافعية فيرون أن نفقتها على أبيها للبلوغ إذا كانت قادرة علـــى التكسب كأن يمكنها أن تعمل كاتبة أو حائكة أو عاملة فى مصانع الدواء أو مربية أطفال أو غير ذلك مـــن أعمال التصون والتحشـــم وطلـــب الـــرزق الحلال .

"وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم"

---

(١) زاد المعاد لأبن القيم جـ٤ص١٦٥

الفهرس